Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

CRIMINAL LAW

plea discussions and agreements

Working Paper 60

Canada

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence** (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 18, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury** (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board** (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants** (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution** (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies** (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24, 1986)
28. *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law** (June 12, 1986)
29. *Arrest* (November 6, 1986)
30. *Recodifying Criminal Law*, Vol. I (December 3, 1986)
31. *Recodifying Criminal Law — A Revised and Enlarged Edition of Report 30* (19 May, 1988)
32. *Our Criminal Procedure* (21 June, 1988)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case** (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences** (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice** (1977)
21. *Payment by Credit Transfer** (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons** (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law** (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects** (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests** (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1984)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration** (1985)
41. *Arrest** (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment** (1985)
45. *Secondary Liability — Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)
47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)
50. *Hate Propaganda** (1986)
51. *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law** (1986)
52. *Private Prosecutions* (1986)
53. *Workplace Pollution* (1986)
54. *Classification of Offences* (1986)
55. *The Charge Document in Criminal Cases* (1987)
56. *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987)
57. *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention* (1988)
58. *Crimes Against the Foetus* (1989)
59. *Toward a Unified Criminal Court* (1989).

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

---

* Out of print. Available in many libraries.

PLEA DISCUSSIONS AND AGREEMENTS

Available by mail free of charge from:
Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1989
Catalogue No. J32-1/60-1989
ISBN 0-662-56809-5

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 60

PLEA DISCUSSIONS
AND
AGREEMENTS

1989

90-00957/

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street, 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner*
Mr. John Frecker, Commissioner
Her Honour Judge Michèle Rivet, Commissioner

Secretary

François Handfield, B.A., LL.L.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B., LL.M.

Principal Consultant

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Special Adviser

Anthony N. Doob, A.B., Ph.D.

*Was a member of the Commission when this document was approved.

Table of Contents

ACKNOWLEDGEMENTS 1

INTRODUCTION 3

CHAPTER ONE: The Need for Reform 11

I. Openness 12
II. Judicial Supervision 15
III. Protection from Improper Inducements 17
IV. Accuracy and Appropriateness 22
V. Equality 24
VI. Enforceability 26

CHAPTER TWO: Recommendations and Commentary 39

I. Definitions 39
II. Conduct of Plea Discussions, etc. 42
A. Recommendations to be Implemented in Legislation 42
B. Recommendations to be Implemented in Guidelines 46
III. Judicial Supervision 52
IV. Withdrawals and Appeals 62
V. Prohibition against Subsequent Proceedings 65
VI. Exclusion of Evidence 65

CHAPTER THREE: Summary of Recommendations 67

APPENDIX A: Rules and Guidelines Frequently Cited in This Paper 73

APPENDIX B: Description and Analysis of Our Public Opinion Survey 83

Acknowledgements

We are indebted to all those individuals consulted during the preparation of this Working Paper. Members of standing advisory panels containing representatives of the judiciary, the practising bar (both Crown and defence), law teachers and the police regularly advise us on our work in development.

Special thanks are also due to other distinguished members of the bench and bar who attended a series of very useful meetings held in various Canadian cities during 1987 and 1988. Although we emphasize that the views and recommendations advanced herein do not necessarily reflect the opinions of these individuals, we would be remiss if we did not take this opportunity to thank each of them by name. Grouped alphabetically by city of attendance, they are:

Winnipeg — December 8th, 1987: Mr. G. Gregory Brodsky, Q.C., Mr. David G. Frayer, Q.C., Mr. Jeffrey Gindin, The Hon. Mr. Justice Theodore M. Glowacki, Mr. John P. Guy, Q.C., His Honour Judge R.L. Kopstein, Mr. Peter M. Kremer, The Hon. Madam Justice Ruth Krindle, His Honour Judge C. Newcombe, Associate Chief Justice The Hon. Mr. Richard J. Scott, Mr. Stuart J. Whitley, Mr. Hersch E. Wolch, Q.C.

Vancouver — December 10th, 1987: Mr. Leonard T. Doust, Mr. John E. Hall, Q.C., Mr. P.W. Halprin, Mr. R.T. Israels, His Honour Judge Gordon H. Johnson, His Honour Judge K.J. Libby, Mr. H.A.D. Oliver, Q.C., The Hon. Mr. Justice Wallace T. Oppal, Mr. G.B. Purdy, Mr. Ernie Quantz, The Hon. Mr. Justice Samuel M. Toy, Mr. Scott Van Alstine, Mr. Herbert F. Weitzel, His Honour Judge Douglas T. Wetmore, His Honour Judge Randall S.K. Wong.

Toronto — March 10th, 1988: Mr. Austin M. Cooper, Q.C., Ms. Marlys A. Edwardh, The Hon. Mr. Justice Gregory T. Evans, The Hon. Mr. Justice Eugene G. Ewaschuk, Mr. Alan D. Gold, Mr. Edward L. Greenspan, Q.C., His Honour Judge S.M. Harris, His Honour Judge David Humphrey, Mr. Douglas C. Hunt, Q.C., His Honour Judge Hugh R. Locke, Mr. Morris Manning, Q.C., Mr. G.H. McCracken, Q.C., The Hon. Mr. Justice John G.J. O'Driscoll, His Honour Judge R.D. Reilly, Ms. Bonnie Wein.

Montreal — March 22nd, and May 3rd, 1988: Mr. Claude Bélanger, Q.C., The Hon. Mr. Justice Claude Bisson, Associate Chief Judge Jean-Pierre Bonin, Mr. François Daviault, The Hon. Mr. Justice Jacques Ducros, His Honour Judge Bernard Grenier, Mr. Jacques Letellier, Q.C., Mr. Serge Ménard, Mr. Claude Parent, His Honour Judge Jean Sirois, Mr. André Vincent.

Introduction

In the course of its systematic review of the law of criminal procedure, this Commission has examined — and has made detailed recommendations with respect to — matters of procedure falling into two broad categories: those already dealt with (albeit inadequately) in existing legislation;[1] and those for which no comprehensive legislative framework has been attempted in this country.[2] One important aspect of criminal procedure falling into the latter category, and which we consider appropriate for legislative control, is that dealing with the phenomenon commonly known as "plea bargaining."

The subject of plea bargaining is one we considered more than a decade ago in a Working Paper entitled *Criminal Procedure: Control of the Process*.[3] In that document, we defined a plea bargain as "any agreement by the accused to plead guilty in return for the promise of some benefit."[4] For reasons that will become evident in the course of this Working Paper, however, we prefer to abandon the expression "plea bargaining" (which, to some, has an inherently negative connotation[5]) in favour of more neutral terminology. In our view, the process with which we are concerned (though unquestionably flawed) may better be described as that of "plea *negotiation*,"[6] or the holding of "plea *discussions*."[7] The object of that process is to reach a satisfactory *agreement*, not to give the accused a "bargain." Accordingly, our recommendations eschew the expression "plea bargain" and replace it with "plea agreement."[8] We define that expression (again, in neutral terms) as "any agreement by the accused to plead guilty in return for the prosecutor's agreeing to take or refrain from taking a

---

1. See, *e.g.*, Law Reform Commission of Canada [hereinafter LRCC], *Arrest* (Report 29) (Ottawa: LRCC, 1986).

2. See, *e.g.*, LRCC, *Questioning Suspects* (Report 23) (Ottawa: Supply and Services, 1984); LRCC, *Obtaining Forensic Evidence: Investigative Procedures in Respect of the Person* (Report 25) (Ottawa: LRCC, 1985).

3. LRCC, *Criminal Procedure: Control of the Process* (Working Paper 15) (Ottawa: Information Canada, 1975).

4. *Ibid.*, at 45.

5. This point is made by L. Graburn in "Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion" in Law Society of Upper Canada, *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1969: Defending a Criminal Case* (Toronto: De Boo, 1969) 279 at 299.

6. But see Graburn, *ibid.*, at 297.

7. This is the expression used *inter alia* in the American Law Institute's (ALI) *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (Philadelphia: American Law Institute, 1975), in the American Bar Association (ABA) *Standards for Criminal Justice*, 2nd ed. (Boston: Little, Brown, 1980), and in the 1988 United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, 18 U.S.C.A.

8. This is the expression used *inter alia* in the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *ibid.*, in the ABA *Standards for Criminal Justice*, *ibid.*, and in the 1988 United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, *ibid.*

particular course of action."[9] We defer, to a later time, our examination of agreements in which the consideration flowing from the accused is something other than a guilty plea (such as evidence or information). While such agreements bear certain similarities to true *plea* agreements, we believe that their conceptual differences are sufficiently significant to require that they be dealt with separately.

In our Working Paper on *Control of the Process*, we adverted to various dangers inherent in the practice of plea negotiation, and expressed serious reservations both as to its utility and as to its desirability as a vehicle for furthering the ends of justice. At the time, we were concerned that the process of plea negotiation had become, or was in the process of becoming, a shadowy justice system unto itself — one that threatened to pervert the criminal process, as we knew it, and to diminish its stature in the eyes of the public.

We believe now, as we did in 1975, that "[j]ustice should not be, and should not be seen to be, something that can be purchased at the bargaining table."[10] At the same time, however, we are obliged to recognize that our legal system has undergone significant change in the intervening years, and that it is in the process of undergoing further change. Although we remain attuned to the practical and theoretical difficulties inherent in the practice of plea negotiation, we believe a cautious re-examination of the subject to be only prudent and appropriate in the light of a number of recent and ongoing developments having potentially far-reaching effect on the workings and character of our justice system. The development and formalization of pre-trial conference procedures, to take one example, may be seen as a first step toward a fundamental alteration in the working relationship between prosecution and defence counsel. Both the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[11] and the expansion of provincial legal aid schemes[12] have made not guilty pleas (and protracted trials) more viable alternatives for many persons charged with criminal offences.[13] The increased availability of legal representation has, by the same token,

---

9. See Recommendation 1, *infra*.

10. *Supra*, note 3, at 46.

11. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [hereinafter *Charter*].

12. See E.J. Ratushny, "Plea-Bargaining and The Public" (1972), 20 *Chitty's L.J.* 238; S. Shetreet, "The Limits of Expeditious Justice" in Canadian Institute for the Administration of Justice, *Expeditious Justice: Papers of The Canadian Institute for the Administration of Justice* (Toronto: Carswell, 1979) 1 at 11. See D. Dawson, "Plea Bargaining" Summer, 1981 *Victorian Bar News* at 19 (cited in New South Wales Law Reform Commission, *Criminal Procedure: Procedure From Charge to Trial: Specific Problems and Proposals* [Discussion Paper 14, vol. 2] (Sydney: New South Wales Law Reform Commission, 1987) 500, n. 24), where it is suggested that a decrease in offers to enter guilty pleas may be attributable to increased access to legal aid.

13. We do not, of course, see anything wrong with this situation *per se*.

alleviated some of the potential dangers[14] posed by the process of plea negotiation.[15] In short, the nature of our criminal justice system has evolved, and is constantly in the process of evolving. Our recognition of this fact, in turn, has caused us to explore in some detail the problems associated with plea negotiation, as it is currently practised, and to consider what measures (short of total abolition) might be employed to deal with these problems in an effective and principled way.

Plea negotiation, like many of the subjects with which we have dealt in our ongoing review of criminal law and procedure, is a controversial subject amongst members of the judiciary, the practising bar, law enforcement agencies and the academic community.[16] Those with strong opinions on plea negotiation tend to line up in one of two opposing camps: retentionist and abolitionist.[17] Retentionists usually justify the practice of plea negotiation, at least primarily, on the basis of expediency and economics. Were plea discussions and agreements not permitted, they argue, our already overburdened criminal justice system would become hopelessly bogged down; the number of full-scale trials resulting from the consequent increase in the number of

---

14. Adoption of our recommendation for improved disclosure by the prosecution should further reduce the potential dangers of plea negotiation. See LRCC, *Disclosure by the Prosecution* (Report 22) (Ottawa: Supply and Services, 1984) at 13-15. See also A. Hooper, "Discovery in Criminal Cases" (1972), 50 *Can. B. Rev.* 445 at 465-67, where the potentially beneficial effects of compulsory disclosure on plea negotiation are discussed in detail.

15. It appears, however, that plea negotiation is largely dependent on legal representation. See T.H. Hartnagel, "Plea Negotiation in Canada" (1975), 17 *Can. J. Criminology and Corrections* 45 at 49. In a recent discussion paper, the New South Wales Law Reform Commission has suggested that legal aid has likely increased the incidence of plea negotiation in Australia. See New South Wales Law Reform Commission, *supra*, note 12, at 466.

16. As has been pointed out, however, judicial *dicta* concerning the practice of plea negotiation are quite rare in Canadian cases (see S.N. Verdun-Jones and F.D. Cousineau, "Cleansing the Augean Stables: A Critical Analysis of Recent Trends in the Plea Bargaining Debate in Canada" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 227 at 235, and the discussion of reported cases at 240-42; P.C. Stenning, *Appearing for the Crown* (Cowansville, Que.: Brown Legal Publications, 1986) at 250, and the discussion of reported cases at 250-51; S.N. Verdun-Jones and A.J. Hatch, "An Overview of Plea Bargaining in Canada: Cautionary Notes for Sentencing Reform" in Canadian Institute for the Administration of Justice (H. Dumont, ed.), *Sentencing* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1987) 71 at 82, and the discussion of reported cases at 82-83). For a recent article expressing the views of one Ontario Provincial Court Judge on the subject of plea negotiation, see D. Vanek, "Prosecutorial Discretion" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219 at 235. In the recent case of *R.* v. *Commisso* (1988), 3 W.C.B. (2d) 358 (Ont. Dist. Ct.), Borins D.C.J. remarked (at 15 of the original judgment) that "there was nothing wrong ..." with the prosecution and defence entering into a plea agreement, that "[p]lea negotiations and plea agreements have become an accepted, and essential, element of the criminal justice system in this country," and that "[a]dministratively, the criminal justice system has come to depend upon pleas of guilty and, hence upon plea negotiations and plea agreements."

17. By virtue of the recommendations we make herein for the regulation of plea negotiation, we would fall into the category of "qualified retentionists." For an excellent discussion of the arguments for and against plea negotiation, see G.A. Ferguson and D.W. Roberts, "Plea Bargaining: Directions for Canadian Reform" (1974), 52 *Can. B. Rev.* 497. That work, prepared as a Study Paper for this Commission, is referred to throughout this Working Paper. See also P. Thomas, "An Exploration of Plea Bargaining," [1969] *Crim. L.R.* 69; D.W. Perras, "Practice Note: Plea Negotiations" (1979-80), 44 *Sask. L. Rev.* 143; L.R. Genova, "Plea Bargaining: In the End, Who Really Benefits?" (1981), 4 *Can. Criminology Forum* 30; P. Clark, "The Public Prosecutor and Plea Bargaining" (1986), 60 *Aust. L.J.* 199.

not guilty pleas would result in chaos.[18] Unfortunately, however, the necessity hypothesis remains a largely unproven one in this country. While it seems very likely to us that the practice of plea negotiation does in fact reduce the burden on our justice system,[19] it is doubtful that the allegedly indispensible nature of plea negotiation is currently capable of being demonstrated by empirical data.[20] Even if it were irrefutably proved, for instance, that in the absence of plea negotiation the number of not guilty pleas would place an intolerable strain on the system (a questionable hypothesis in itself[21]), it would not necessarily follow that plea negotiation is the only means by which that strain could be alleviated.[22] Other measures which have been suggested, such as an increase in the practice of diversion, in the general efficiency of prosecutorial and court procedures, or in the funding of our criminal justice system, might be sufficient to deal with the "numbers problem."[23]

Abolitionists, on the other hand, tend to characterize the plea negotiation process as unnecessary, improper and degrading to our criminal justice system; in particular, they have criticized plea negotiation as either being, or appearing to be, an irrational, unfair and secretive practice facilitating the manipulation of the system and the compromise of principles.[24]

---

18. For examination of this argument, see Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 520-25; LRCC, *supra*, note 3, at 47; L.S. Goulet, "Prosecutorial Discretion" in S.E. Oxner, ed., *Criminal Justice: Papers prepared for presentation at the Canadian Institute for the Administration of Justice Conference on Criminal Justice held at Halifax, October 28, 29 and 30, 1981* (Toronto: Carswell, 1982) 45 at 50–51. See also A.W. MacKay, "The Influence of the Prosecutor: Plea Bargaining, Stays of Proceedings, Controlling the Process" in Oxner, *supra*, 69 at 74; "Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion," *supra*, note 5, at 301-02.

19. P.H. Solomon, Jr. has suggested, however, in *Criminal Justice Policy, From Research to Reform* (Toronto: Butterworths, 1983) at 46 that plea negotiation may increase delays in the disposition of cases. This eventuality is important when one considers the justification for plea negotiation articulated by the United States Supreme Court in *Santobello* v. *New York*, 404 U.S. 257 (1971) at 260-61. If "[p]roperly administered ...," the Court said, plea negotiation "leads to prompt and largely final disposition of most criminal cases; it avoids much of the corrosive impact of enforced idleness during pretrial confinement for those who are denied release pending trial; it protects the public from those accused persons who are prone to continue criminal conduct even while on pretrial release; and, by shortening the time between charge and disposition, it enhances whatever may be the rehabilitative prospects of the guilty when they are ultimately imprisoned."

20. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 521. See M. Halberstam, "Towards Neutral Principles in the Administration of Criminal Justice: A Critique of Supreme Court Decisions Sanctioning the Plea Bargaining Process" (1982), 73 *J. Crim. L. and Criminology* 1 at 35-45.

21. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 521-24. See also the studies cited in F.D. Cousineau and S.N. Verdun-Jones, "Evaluating Research into Plea Bargaining in Canada and the United States: Pitfalls Facing the Policy Makers" (1979), 21 *Can. J. Criminology* 293 at 299. And see Halberstam, *supra*, note 20, at 35-45.

22. See Ratushny, *supra*, note 12, at 238-39. See also Halberstam, *supra*, note 20, at 40-45.

23. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 523-24; LRCC, *supra*, note 3, at 47. See also "Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion," *supra*, note 5, at 302, cited by Ratushny, *supra*, note 12, at 239.

24. For a summation of various arguments that may be marshalled along these lines, see Ferguson and Roberts, *supra*, note 17. For a relatively recent indictment of the practice (summarizing previous criticisms), and a detailed examination of alternatives in the American context, see A.W. Alschuler, "Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System" (1983), 50 *U. Chi. L. Rev.* 931.

The attitude of the Canadian public towards plea negotiation is also instructive. In a national survey recently conducted for us by Gallup Canada Inc., more than 68 per cent of those polled (and more than 79 per cent of those respondents having an opinion) expressed either strong or general disapproval of the practice of "plea bargaining," as we had defined it. Our analysis of the responses, in that survey, to questions posed concerning various hypothetical situations suggests that plea negotiation tends generally to undermine public confidence (already low[25]) in the appropriateness of sentences.[26]

We believe it is safe to say, therefore, that the plea negotiation process has not generally enjoyed a very flattering public image.[27] Being a largely unregulated[28] practice, moreover, plea negotiation has been susceptible to abuse. Having considered the question at length, however, and having taken into account recent studies dealing with possible effects that attempts to abolish plea negotiation might have, we are not convinced that abolition (as opposed to regulation) is the soundest remedial alternative. We note that in its recent report on *Sentencing Reform*, the Canadian Sentencing Commission has alluded to studies indicating that efforts to abolish plea negotiation may in fact present their own difficulties.[29] A ban on prosecutorial plea negotiation with regard to charges, for example, might have the effect of encouraging judges to engage in a tacit form of plea negotiation related to the matter of sentence.[30] As we suggested in *Control of the Process*, we believe judicial plea negotiation (*i.e.*, actual

---

25. In our survey, 69 per cent of those people asked expressed the opinion that the sentences imposed by Canadian courts were generally not severe enough. Only 20.9 per cent thought sentences were generally appropriate, and only 1.4 per cent thought sentences were generally too severe. The question on sentence severity was asked of five different groups, each of which had been presented with a different scenario describing a hypothetical prosecution in which the accused pleaded guilty to one charge (the same charge in each scenario) and had a second charge (again, the same charge in each scenario) withdrawn. In four of the scenarios there had been some form of plea negotiation; in one there had not. Interestingly, the opinion that sentences were too light was significantly more common amongst the people who had earlier been presented with one of the plea negotiation scenarios. See Appendix B.

26. We have been informed of other empirical research suggesting that plea negotiation may undermine respect for our justice system by victims of crime as well as offenders. See the preliminary report by M. Baril, S. Gravel, M.-M. Cousineau and N. Primeau "*La pratique de la négociation de plaidoyer au palais de justice de Montréal*," (Université de Montréal, Centre international de criminologie comparée, unpublished, 1989) at 193-94.

27. See National District Attorneys Association, *National Prosecution Standards* (Chicago: National District Attorneys Association, 1977) at 214.

28. On the federal statutory level, as some commentators have pointed out, there do exist certain limits on the type of agreement that can be made. See, *e.g.*, *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 119, 120 and 139 (formerly ss. 108, 109 and 127), referred to by A.D. Klein, "Plea Bargaining" (1971-72), 14 *Crim. L.Q.* 289 at 291-92, and by S.A. Cohen, *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice* (Toronto: Carswell, 1977) at 179.

29. Canadian Sentencing Commission, J.R.O. Archambault, Chairman, *Sentencing Reform: A Canadian Approach [Report of The Canadian Sentencing Commission]* (Ottawa: Supply and Services, 1987) at 414-15, referring to studies by Church (presumably, T. Church, "Plea Bargains, Concessions and the Courts: Analysis of a Quasi-Experiment" (1975-76), 10 *L. & Soc. Rev.* 377) and McCoy (presumably, C. McCoy, "Determinate Sentencing, Plea Bargaining Bans, and Hydraulic Discretion in California" (1984), 9 *Justice System J.* 256) cited in S.N. Verdun-Jones and A.J. Hatch, *Plea Bargaining and Sentencing Guidelines* (Ottawa: Canadian Sentencing Commission, 1985) at 9-11. See also Verdun-Jones and Hatch, *supra*, note 16, at 99-106. And see D. Cousineau, *Legal Sanctions and Deterrence* [a study undertaken for the Canadian Sentencing Commission] (Ottawa: Supply and Services, 1988) at 106-10.

30. See Church, *ibid.* Note Solomon, *supra*, note 19, at 47-48.

negotiation by the judge) to be a practice that ought to be avoided at all costs.[31] Having referred to research conclusions that discretion is an inevitable ingredient of the criminal justice system, and that plea negotiation is a means for accommodating various (and sometimes competing) aims within that system, the Sentencing Commission has taken the position that improvement of the process (by making it more visible, and making the participants more accountable) is a more realistic goal than abolition.[32] It is also, we believe, a goal that is in keeping with the principled yet pragmatic expectations of the Criminal Law Review. In its policy document on *The Criminal Law in Canadian Society*,[33] the Government of Canada quite clearly did not view the process of plea negotiation as being incompatible *per se* with the basic precepts it espoused. Rather than condemn the process outright, it expressed the hope that suitable prosecutorial guidelines would be developed in the area, as part of an effort to control discretion and thereby enhance accountability and equality in the criminal process.[34]

In our estimation, it would be a mistake to dismiss plea negotiation as a distasteful practice made necessary only by the unhappy reality of an overburdened criminal justice system. Plea negotiation is not an inherently shameful practice; it ought not, on

---

31. *Supra*, note 3, at 48. For cases in which the proper limits on pre-plea discussions as to sentence between the judge and defence counsel are considered, see *R.* v. *Turner*, [1970] 2 All E.R. 281 (C.A.); *R.* v. *Brook*, [1970] *Crim. L.R.* 600 (C.A.); *R.* v. *Inns*, [1975] *Crim. L.R.* 182 (C.A.); *R.* v. *Plimmer*, [1975] *Crim. L.R.* 730 (C.A.); *R.* v. *Cain*, [1976] *Crim. L.R.* 464 (C.A.) and "Practice Direction: *R.* v. *Cain*," [1976] *Crim. L.R.* 561 (C.A.), cited in New South Wales Law Reform Commission, *supra*, note 12, at 467 and 501, n. 33 and/or Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 249, n. 97 and/or P.K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984) at 418. See also *R.* v. *Grice* (1977), 66 Cr. App. R. 167 (C.A.); *R.* v. *Ryan* (1977), 67 Cr. App. R. 177 (C.A.); *R.* v. *Bird* (1977), 67 Cr. App. R. 203 (C.A.); *R.* v. *Llewellyn* (1978), 67 Cr. App. R. 149 (C.A.); *R.* v. *Atkinson* (1977), 67 Cr. App. R. 200 (C.A.); *R.* v. *Howell*, [1978] *Crim. L.R.* 239 (C.A.); *R.* v. *Winterflood* (1979), 68 Cr. App. R. 291 (C.A.); *R.* v. *Coward* (1979), 70 Cr. App. R. 70 (C.A.), most of which are cited by the New South Wales Law Reform Commission at 472 and 502, n. 50. And see *R.* v. *Deary*, [1977] *Crim. L.R.* 47 (C.A.), cited by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 249, n. 97; *R.* v. *Quartey*, [1975] *Crim. L.R.* 592 (C.A.); *R.* v. *Cullen* (1984), 81 Cr. App. R. 17 (C.A.); *R.* v. *Marshall*, [1981] V.R. 725 (S.C.). For a discussion of many of these (and other) cases, see J. Baldwin and M. McConville, "Plea Bargaining and the Court of Appeal" (1979), 6 *Brit. J. Law and Society* 200. In *R.* v. *Wood* (1975), 26 C.C.C. (2d) 100 (Alta. S.C.A.D.) at 108, McDermid J.A. of the Alberta Supreme Court's Appellate Division stated: "[A] Judge should take no part in any discussion as to sentencing before a plea has been taken, and all the circumstances in regard to the particular case have been placed before him, then having listened to the submission of counsel he should give his decision. To take part in a discussion of sentencing prior to a plea being taken would constitute a grave dereliction of duty." More recently, in the case of *R.* v. *Dubien* (1982), 27 C.R. (3d) 378 (Ont. C.A.) at 383, MacKinnon A.C.J.O. stated in the course of delivering judgment on behalf of the Ontario Court of Appeal:

> "With great deference to a very experienced and able trial judge, I am of the view that it is not advisable for a judge to take any active part in discussions as to sentence before a plea has been taken, nor to encourage indirectly a plea of guilty by indicating what his sentence will be. It was apparent in the instant case that the sentence was going to be the same whether the respondent changed his plea or not, and there was no suggestion or implication, so far as the trial judge was concerned, that the sentence would be lighter if the respondent changed his plea to guilty. A trial judge can determine what a just sentence should be only after he has heard all relevant evidence in open court on that subject and listened to the submissions of counsel."

32. *Supra*, note 29, at 415. On the question of whether plea negotiation is an unavoidable phenomenon, see S.J. Schulhofer, "Is Plea Bargaining Inevitable?" (1984), 97 *Harv. L. Rev.* 1037 at 1037-46.

33. Government of Canada, *The Criminal Law in Canadian Society* (Ottawa: Government of Canada, 1982).

34. *Ibid.*, at 64-65. See Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, at 405.

a theoretical level, be characterized as a failure of principle. If practised properly it should, to the contrary, be recognized as the expression and merging of two complementary principles: those of efficiency and restraint. Efficiency, we must emphasize, means more than simple expediency or thrift. As we suggested in our recent Report on *Our Criminal Procedure*,[35] the principle of efficiency favours (among other things) accuracy. The goal of accuracy in plea negotiation requires, as a general rule, that any offence to which the accused agrees to plead guilty be a realistic reflection of the accused's criminal conduct (to the extent it can be proved),[36] and that any sentence that the prosecutor agrees to recommend (or not to oppose) be justifiable in accordance with established sentencing principles.[37] At the same time, the principle of efficiency demands an acknowledgement that the concept of cost has moral and human (not merely monetary) dimensions.[38] Restraint, moreover, should not be equated with prosecutorial weakness. In our Working Paper on *Diversion*, we said unambiguously that "[t]he principle of restraint should ... apply at the prosecutorial level."[39] We added, however, that while "pre-trial settlement ... is consistent with the principle of restraint ...,"[40] it ought "in the name of justice and equality ... to be put on some rational and organized basis."[41] What was true where the process of diversion was concerned is equally true in the case of plea negotiation.

Nor should prosecutorial compromise necessarily be regarded as a means of short-changing justice.[42] If the prosecution of a particular accused person without plea negotiation results in conviction for more offences, or conviction for a more serious offence, than that to which the accused was prepared to plead guilty (and results in the imposition of a more severe sentence, or more severe sentences, than might otherwise have been imposed), does this mean inevitably that justice has been properly served? Often, we believe, the ordeal of a full-scale trial may create its own injustice.[43] Consider, for example, the effect that a vigorously contested criminal trial may have on the victim of the offence in question. Notwithstanding the enactment of procedures tending to reduce the hardship suffered by victims who become witnesses in the trials

---

35. LRCC, *Our Criminal Procedure* (Report 32) (Ottawa: LRCC, 1988) at 24.

36. As to the relevance of charge accuracy in plea negotiation, see A. Brannigan and J.C. Levy, "The Legal Framework of Plea Bargaining" (1983), 25 *Can. J. Criminology* 399 at 407.

37. See Note, "Restructuring the Plea Bargain" (1972), 82 *Yale L.J.* 286 at 289, cited by Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 526.

38. See LRCC, *supra*, note 35, at 24. See also, on this question, the analysis provided by M. Bayles, "Principles for Legal Procedure" (1986), 5 *Law and Philosophy* 33 at 45-50.

39. LRCC, *Diversion* (Working Paper 7) (Ottawa: Information Canada, 1975) at 9.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

42. As to the procedural benefits of plea negotiation from the perspective of the accused and defence counsel, see Solomon, *supra*, note 19, at 48.

43. See LRCC, *Guidelines: Dispositions and Sentences in the Criminal Process* (Report 2) (Ottawa: Information Canada, 1976) at 15-16, where we recommended that in arriving at pre-trial settlements, consideration should be given *inter alia* to the fact that "trial and conviction may cause undue harm to the victim or offender or otherwise result in unreasonable social costs."

of some offences,[44] the anticipation and actuality of a criminal trial, of giving evidence, and of undergoing probing and perhaps lengthy cross-examination may be experiences from which certain victims of crime deserve to be spared.[45] In our opinion, relieving such victims from the burden of becoming witnesses in criminal trials ought not to depend entirely upon the spontaneous generosity of the accused.[46]

---

44. See, *e.g.*, *Criminal Code*, ss. 276, 277, 486. (formerly ss. 246.6, 246.7, 442). See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 540-41.

45. See New South Wales Law Reform Commission, *supra*, note 12, at 458, 461 and 473, where similar justifications are alluded to.

46. Nor ought it to be accomplished through judicial plea negotiation. See *R.* v. *Grice*, *supra*, note 31.

CHAPTER ONE

The Need for Reform

In our consultations with members of the bench and bar (both prosecuting and defence counsel) we have been repeatedly told that the present system works well and is remarkably free of error. We have no reason to question the perceptions of the actual users of the system but we are aware, from our travels across the country, that the system, although it may work well, works differently in different parts of the country.

When judges and lawyers tell us that the system works well, they are in fact describing several different realities. Indeed, there is a marked variation in practice amongst judges of different courts and even amongst judges of the same court.

What should we make of the claim that the system is remarkably error-free? What is an acceptable level of error within an operating system? These questions, in the context of plea negotiation, are not free of controversy. It is true that there are relatively few reported cases describing abuse or negligence. This may be, however, merely a reflection of the fact that plea negotiation is an activity which is carried on *sub rosa* and involves the participation of the very individuals whose hands are on the levers of power. The decision not to litigate a complaint concerning the process may reflect a variety of factors, not all of which are relevant to the actual merits of the complaint.

In expressing satisfaction with the operation of the present system, our consultants seem to believe that there is a certain shared perception of how the system actually operates and an acceptance of the legality of its known attributes. We believe that certain attributes of plea negotiation, as presently practised in certain areas of the country, are of doubtful or questionable legality. What, for example, is the legal status of a plea agreement arrived at with the active participation of a judicial officer who, in the course of closeted discussion with counsel, not only indicates the nature of the range of sentence but indeed, stipulates the actual sentence that he or she believes to be acceptable? What form can judicial intervention lawfully take and what are the limits of judicial intervention? These questions are incapable of precise answers inasmuch as there is neither a statutory framework upon which to base a conclusion nor are there relevant established precedents of high authority addressing the issues.

We have been told that certain judges refuse to participate in the plea negotiation process because of their view of the ethics, if not the legality, of the process. This preoccupation with the ethics or appropriateness of the practice, in our view, arises primarily because the law on the subject cannot be confidently stated, given its uncodified status. The present mélange of common law, local practice and canons of professional ethics is replete with contradictions and gaps in coverage. The resulting

uncertainty is in turn productive of controversy concerning what are essentially matters of policy.

This is an unhealthy state of affairs. The policy questions ought to be squarely confronted. If the practice is one that should continue then it should find clear expression in legislation. The legal and the ethical standards of application in this area of the practice of law should coincide. Judges, of all people, should not have to speculate whether a well-known and much resorted to part of the legal process is legally deficient or ethically dubious.

Notwithstanding our own opinion that the process of plea negotiation may serve a legitimate purpose within the context of a moral and realistic criminal justice system, and our consequent reluctance to advocate its complete abolition, we believe that a number of fundamental problems will have to be addressed if pragmatism and principle are to co-exist. In particular, we believe that the process needs to be more open; that it should be subject to judicial supervision; that the absence of improper inducements should be ensured with respect to pleas resulting therefrom; that the accuracy and appropriateness of pleas resulting therefrom should be monitored; that equal treatment of accused persons should be made a general goal; and that enforceability of plea agreements should be the rule.

I. Openness

Perhaps the most serious criticisms of the process of plea negotiation, as it has operated in the past, have arisen from the secretive aura that has enveloped it.[47] Private "deals," no matter how inherently respectable they might be, tend to be regarded by the public with suspicion and cynicism.[48] Judges who ratify such deals in turn run the risk of being viewed either as dupes[49] or as participants in some sort of charade. The consequences of secrecy, therefore, are potentially quite grave indeed. Disrespect for the judicial system, whether justified or not, strikes at the very foundations of the rule of law.

The problem of secrecy was adverted to (and the importance of openness underscored) in a recent Ontario Provincial Court decision dealing hypothetically with

---

47. See MacKay, *supra*, note 18, at 74. For an interesting study describing the opinions of journalists on the question of secrecy in plea negotiation, see G. Tremblay, *Research on Media Strategies and Practices in the Field of Legal News* [a study undertaken for the Canadian Sentencing Commission] (Ottawa: Supply and Services, 1988) at 23-24.

48. See Law Reform Commission of Australia, *Sentencing of Federal Offenders* [Interim Report No. 15] (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1980), para. 125 at 83.

49. In our national survey (see Appendix B), participants were presented with, and questioned about, one of five scenarios describing a hypothetical criminal prosecution. A scenario in which a joint sentence submission resulted from plea negotiation gave rise to the assumption that the prosecutor did not place all relevant information before the judge significantly more often than did a scenario in which no plea negotiation occurred. However, scenarios in which it was clearly indicated that the judge had been made aware of the reasoning behind the plea agreement (see our Recommendation 12) did not give rise to this assumption significantly more often than did the scenario in which no plea negotiation occurred.

the issue of plea agreements that appear to require the prosecution to "refrain from introducing evidence..."[50] on matters that the court might consider relevant to sentence.[51] In *R.* v. *J.E.J.*,[52] Nadeau Prov. Ct. J. expressed the emphatic opinion that "[w]here the Crown intentionally sup[p]resses circumstances which cannot but agg[r]avate the seriousness of the offence, in order to persuade the court of the appropriateness of the sentence which he has, as a result of negotiations with the accused's counsel agreed to advance as appropriate, he is in breach of his obligation both to the Court and to the community."[53] In such circumstances, His Honour continued, "[h]e transforms the sentencing process into what can only be perc[ei]ved by the victims, their families and the community as a systematized sham in which the Court's function is reduced to one of symbolic approval of that sentence which counsel have, by means of a process of covert negotiation, determined is acceptable to each of them."[54] In His Honour's opinion, "[t]he Crown in such a case cannot be said to have acted in a manner consonant with either the spirit of the criminal process or the community's sense of justice."[55]

In its recent report on *Sentencing Reform*, the Canadian Sentencing Commission has recommended the introduction of a procedure requiring generally that the elements of any plea agreement, and the reasons therefor, be disclosed in open court.[56] In so doing, the Sentencing Commission has made the point that increased openness would tend to strengthen public faith in the judicial system.[57] We agree. Our own empirical research[58] tends to confirm, for example, that people are more likely to expect that a sentence imposed following a negotiated guilty plea and joint submission will be appropriate if they are assured that the presiding judge has been apprised, in open court, of the process by which the agreement was reached. They also appear more likely, in such circumstances, to express confidence in the fairness and propriety of the judge's handling of the case.

Fair and rational decisions, it seems to us, are more likely to be *perceived* as being fair and rational if their origins and underpinnings have been fully disclosed.[59]

---

50. *R.* v. *J.E.J.* (1987), 2 W.C.B. (2d) 65 (Ont. Prov. Ct.), *per* Nadeau Prov. Ct. J. at 16 of the original judgment.

51. See also "Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion," *supra*, note 5, at 305. And see the analysis contained in *The Dewar Review: A report prepared by The Honourable A.S. Dewar at the request of the Attorney-General of Manitoba*, October, 1988, Appendix C at 10, 11, 13, 15.

52. *Supra*, note 50.

53. *Ibid.*, at 18 of the original judgment.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. *Supra*, note 29, recommendation 13.9 and the commentary thereto at 422-23. See, on the subject of disclosure, the assessment contained in *The Dewar Review*, *supra*, note 51, at 52, 80.

57. See also National District Attorneys Association, *supra*, note 27, at 217 regarding the necessity for public visibility in the area of plea negotiation.

58. See Appendix B.

59. See C.C. Ruby, *Sentencing*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1987) at 87.

As we have suggested in our recent Working Paper on *Public and Media Access to the Criminal Process*,[60] moreover, permitting the public to examine the actions of participants in the criminal trial process makes it more probable that the decisions of these participants will *in fact* be fair and rational.[61] Openness, as we have noted in *Our Criminal Procedure*, helps to ensure accountability.[62]

At the same time, however, we recognize that particular circumstances may arise in which full public disclosure might not be considered advisable.[63] In *R.* v. *Turner*,[64] for example, England's Court of Appeal (Criminal Division), while acknowledging that "so far as possible, justice must be administered in open court," suggested that an exception might be made in a case where "counsel for the accused may by way of mitigation wish to tell the judge that the accused has not long to live, is suffering maybe from cancer, of which the accused is and should remain ignorant."[65] Although we refrain from commenting on the merits of this particular exception (the problem it envisions must, in any event, be extremely rare), we appreciate that openness may not be an absolute. In its report, the Canadian Sentencing Commission has likewise taken the position that full disclosure might not be indicated in certain circumstances; it has alluded, by way of example, to situations in which public knowledge of the accused's relationship with the police might place the accused or other persons in jeopardy.[66] The Sentencing Commission has therefore recommended that an exception to full public disclosure of the reasons for plea agreements be made in cases where the interest of the

---

60. LRCC, *Public and Media Access to the Criminal Process* (Working Paper 56) (Ottawa: LRCC, 1987) at 15.

61. See MacKay, *supra*, note 18, at 75, where it is suggested that judicial examination of plea agreements ought to make the fair treatment of accused persons more likely.

62. *Supra*, note 35, at 27. As to the importance of openness, see the remarks of Branca J.A. (in a context not involving plea negotiation) in *R.* v. *Johnson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 439 (B.C.C.A.) at 453.

63. See Ruby, *supra*, note 59, at 87.

64. *Supra*, note 31, *per* Parker L.C.J. at 285.

65. But *cf. The Queen* v. *Tait and Bartley* (1979), 24 A.L.R. 473 (F.C.), discussed by the Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 48, para. 124 at 81-83. And see J.E. Adams, "The Second Ethical Problem in *R.* v. *Turner*; the Limits of an Advocate's Discretion," [1971] *Crim. L.R.* 252. There are Canadian cases suggesting that medical information relevant to sentence ought ordinarily to be presented in open court in the accused's presence: see *R.* v. *Carey* (1951), 102 C.C.C. 25 (Ont. C.A.); *R.* v. *Bezeau* (1958), 122 C.C.C. 35 (Ont. C.A.), both referred to in "Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion," *supra*, note 5, at 308, n. 13. It has also been suggested, however, that the withholding from the accused of certain medical information that would not normally result in the imposition of a more severe sentence might be justified in some circumstances: see *R.* v. *Benson and Stevenson* (1951), 100 C.C.C. 247 (B.C.C.A.). See, on the subject of disclosure and withholding of information relevant to sentence, LRCC, *supra*, note 43, at 41-44, 67. As regards the duty of counsel concerning the disclosure to clients of medical information relating to them, see H. Krever, *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Toronto: Queen's Printer, 1980), vol. II at 515.

66. *Supra*, note 29, at 423. See also "Manitoba makes plea bargaining public" *Vancouver Sun*, June 2, 1977, in D.F. Cousineau, S.N. Verdun-Jones *et al.*, "Setting Standards for Canadian Criminal Courts: The Case of Plea Bargaining" (unpublished, 1977). Compare *R.* v. *Douglas* (1977), 1 C.R. (3d) 238 (Ont. C.A.).

public demands that the disclosure be made in chambers.[67] We agree with the general thrust of this proposal. However, for the reasons we have given in our Working Paper on *Public and Media Access to the Criminal Process*, we believe that any such departure from the general rule of public access should be expressed in rather more limited terms. Accordingly, we suggest that the exception should be drafted to apply only in compelling circumstances (*e.g.*, where there exists a likelihood that full disclosure in open court would result in serious harm to the accused or to another person).

II. Judicial Supervision

We envision a statutory requirement for the justification of plea agreements as being part of a package of measures requiring greater judicial supervision of the actions of the prosecutor and defence counsel in concluding such agreements.[68] Enhanced judicial supervision should, among other things, help to allay concerns as to the potential that plea negotiation may have for distorting the roles of Crown and defence counsel within the adversary system. One concern, for example, is that plea negotiation, as currently practised, effectively enables the prosecutor to assume the court's adjudicative and dispositional functions.[69] This argument, it seems to us, may be something of an exaggeration. It is clear, for instance, that the court cannot be bound by any agreement that the prosecution and defence may make concerning sentence.[70] Under the current provisions of the *Criminal Code*, moreover, the trial judge may be justified in refusing to accept a plea of guilty to any offence other than the one charged.[71] In the recent case of *R.* v. *J.E.J.*, the Court remarked that "[t]he propriety of the terms of any agreement in respect of a plea, and indeed of the process of 'plea bargaining' itself are matters for the legal conscience of the Attorney General and his agents and not matters into which the Court should generally speaking intrude;"[72] however, it went on to express the opinion (novel in this context) that "the discretionary powers of the Crown are not so 'unfettered' as to preclude the Court from exercising

---

67. *Supra*, note 29, recommendation 13.9 at 422-23. On the subject of sentence submissions and openness (and possible exceptions thereto), see G. Garson, "Criminal Pre-Trial Procedure in the Provincial Courts of Manitoba" (1980), 17 C.R. (3d) 371 at 382.

68. As to the importance and benefit of judicial supervision in this area, see C.T. Griffiths, J.F. Klein and S.N. Verdun-Jones, *Criminal Justice in Canada: An Introductory Text* (Vancouver: Butterworths (Western Canada), 1980) at 165. See also B.A. Grosman, *The Prosecutor: An inquiry into the exercise of discretion* (Toronto: University of Toronto Press, 1969) at 102-04.

69. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 526, 547, 551. See also E. van den Haag, "Limiting Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion" (1984-85), 15 *Cum. L. Rev.* 1 at 18.

70. See *A.G. Canada* v. *Roy* (1972), 18 C.R.N.S. 89 (Que. Q.B.) at 92-93; *R.* v. *Brown* (1972), 8 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), *per* Gale C.J.O. at 228; *R.* v. *Simoneau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 307 (Man. C.A.), *per* Matas J.A. (with whom Hall and O'Sullivan JJ.A. concurred) at 315-16; *R.* v. *Morrison* (1981), 63 C.C.C. (2d) 527 (N.S.S.C.A.D.) at 530; *R.* v. *Rubenstein* (1987), 41 C.C.C. (3d) 91 (Ont. C.A.) at 94; *R.* v. *Commisso*, *supra*, note 16, at 11-12 of the original judgment.

71. See *Criminal Code*, s. 606(4). See also the discussion *infra* under Recommendation 16.

72. *Supra*, note 50, *per* Nadeau Prov. Ct. J. at 16 of the original judgment.

its inherent powers to control those powers should that be seen as necessary to prevent an abuse of the court's process."[73] Another concern is that plea negotiation puts defence counsel in a position of potential conflict. In order to preserve a viable working relationship with Crown prosecutors, it has been suggested, defence counsel, over time, may have to ensure that a certain percentage of his or her clients pleads guilty.[74] The extent to which this hypothesis is based upon reality, however, remains unclear.[75] To what extent does the plea negotiation process actually cause defence counsel to neglect their professional duties?[76] Do defence counsel feel any more dependent upon their relationships with Crown counsel than they do upon their relationships with the judiciary?

Judicial supervision of plea negotiation is one thing. Judicial participation, however, is quite another.[77] In our opinion, involvement of the judge in the actual "give-and-take"[78] of plea negotiation would be wrong for a number of reasons. Although several have been canvassed in an oft-cited Study Paper prepared for us several years ago,[79] there are two in particular that bear repeating. First and foremost, such participation is inconsistent with the judge's role as impartial adjudicator.[80] Besides impairing the court's image as a dispassionate overseer, judicial plea negotiation may, in actual practice, serve to weaken the presumption of innocence in any trial that proceeds after plea negotiations in which the accused has expressed a willingness to plead guilty have broken down.[81] Second, judicial negotiation is likely to amount to an "improper inducement" for accused persons to plead guilty.[82] Given the unequal relationship between the accused and the trial judge, the pressure on an accused to

---

73. *Ibid.*, at 17 of the original judgment.

74. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 539, 550-51. See also Grosman, *supra*, note 68, at 77, 80 (cited by Ferguson and Roberts at 539); Hartnagel, *supra*, note 15, at 52.

75. See Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, at 411, where the findings of authors R. Ericson and P. Baranek (*The Ordering of Justice: A Study of Accused Persons as Dependents in the Criminal Process* (Toronto: University of Toronto Press, 1982) at 123) are discussed. As the Commission has noted (at 411), it was not able to determine their general applicability throughout Canada.

76. See Solomon, *supra*, note 19, at 44, where the author, citing *inter alia* a Canadian study, has argued that plea negotiation does not in fact result in a failure of defence counsel to serve their clients' interests properly.

77. See "Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion," *supra*, note 5, at 306-11. For discussion of the judge's role with respect to plea negotiation, see R.D. Seifman, "Plea Bargaining in Victoria — Getting the Judges' Views" (1982), 6 *Crim. L.J.* 69.

78. See *Bordenkircher* v. *Hayes*, 434 U.S. 357 (1978) at 363.

79. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 556-58.

80. *Ibid.*, at 556-57. See Seifman, *supra*, note 77, at 71. See also J. Ducros, "The Role of the Trial Judge in the Criminal Process" in Canadian Bar Association, *Studies in Criminal Law and Procedure* (Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1973) 1 at 5.

81. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 557.

82. See Note, "Plea Bargaining and the Transformation of the Criminal Process" (1977), 90 *Harv. L. Rev.* 564 at 583-85, discussed by the Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, at 425.

plead guilty (rather than be tried by a judge whose suggested agreement he or she has rebuffed) would be immense.[83]

The results of our empirical investigation into public attitudes on various aspects of plea negotiation[84] suggest to us that judicial involvement in the actual negotiation of a plea agreement could affect perceptions concerning the fairness and propriety of judicial conduct in a negative way. In our national survey, those persons asked to comment on a hypothetical situation in which the judge had rejected one plea agreement proposal before accepting a subsequent one were somewhat less likely to assume that the judge's handling of the case had been fair and proper than were those persons asked to comment on a hypothetical situation in which the judge had knowledge of the agreement but had had no influence on its content. To the extent that "justice ... should manifestly and undoubtedly be seen to be done,"[85] those who would advocate the legitimization of judicial plea negotiation should regard this finding as a warning.

III. Protection from Improper Inducements

There is, as we have suggested, a need to ensure that negotiated pleas have not been improperly induced.[86] Though some might characterize this requirement as one of "voluntariness," we would prefer to move away from the use of that term. It may, after all, be argued that all guilty pleas arising out of plea agreements are necessarily "involuntary,"[87] and that they ought, therefore, to be invalidated automatically.[88]The obvious analogy that one would invoke to support this argument would be the rule applicable to confessions, under which "no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shown by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority."[89] The relevance of this analogy is even, to some extent, borne out by the reasoning used in various Canadian cases dealing with the reception of guilty pleas.[90] In *Guerin* v. *The*

83. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 558.

84. See Appendix B.

85. *R.* v. *Sussex Justices, Ex p. McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, *per* Hewart L.C.J. at 259.

86. See New South Wales Law Reform Commission, *supra*, note 12, at 465; A. Davis, "Sentences for Sale: A New Look at Plea Bargaining in England and America," [1971] *Crim. L.R.* 150 at 154-61.

87. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 548-49, where this argument is stated and explored. For further discussion of the "voluntariness" issue in the context of American judicial decisions concerning plea negotiation, see Halberstam, *supra*, note 20, at 26-28.

88. See K. Kipnis, "Criminal Justice and the Negotiated Plea" (1976), 86 *Ethics* 93.

89. *Ibrahim* v. *The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), *per* Lord Sumner at 609.

90. In an article on "The Role of the Judge in Plea Bargaining" (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 26 at 39, G.A. Ferguson predicted that Canadian courts would probably adopt the American approach whereby guilty pleas resulting from *improper* inducements would be characterized as involuntary. See, *e.g.*, *R.* v. *Tennen* (1959), 122 C.C.C. 375 (Ont. C.A.), aff'd [1960] S.C.R. 302, *per* Roach J.A. at 382 (C.C.C.), cited by Ferguson at 39, n. 43.

King,[91] for example, Walsh J. of the Quebec King's Bench stated that "[a] plea, or confession, can ... be set aside, if it is shown to have been offered involuntarily, and to have been induced by a person in authority, who might have been in a position to hold out a promise of favour or advantage."[92] Similarly, in *Colligan* v. *The Queen*,[93] a majority of the Quebec Court of Queen's Bench (Appeal Side) suggested *inter alia* that the accused might have been successful in his appeal against conviction for an offence to which he had pleaded guilty if, in pleading guilty, he had been "misled or *persuaded by any person in authority*."[94]

It must be remembered, however, that when it is applied to confessions in the classic *Ibrahim*[95] sense, "the word 'voluntary' is given a special legal meaning."[96] That meaning, which has come to govern the conduct of "persons in authority" in one particular situation, has by no means been adopted in all legal contexts. In *Goldman* v. *The Queen*,[97] for example, the Supreme Court of Canada expressly rejected the applicability of the *Ibrahim* test to a determination of the "voluntariness" of a person's consent to the interception of a private communication under what was then section 178.11(2)(*a*) (now section 184(2)(*a*)) of the *Criminal Code*.[98] It held, in part, that such consent "is a valid and effective consent if it is the conscious act of the consentor doing what he intends to do for reasons which he considers sufficient,"[99] and that "[i]f the consent he gives is the one he intended to give and if he gives it as a result of his own decision and not under external coercion the fact that his motives for so doing are

---

91. (1933), 60 C.C.C. 350 (Que. K.B.).

92. *Ibid.*, at 352 (emphasis omitted).

93. (1955), 21 C.R. 120 (Que. Q.B. (Appeal Side)).

94. *Ibid.*, at 124 (emphasis added).

95. *Ibrahim* v. *The King*, *supra*, note 89.

96. *R.* v. *Towler*, [1969] 2 C.C.C. 335 (B.C.C.A.), *per* McFarlane J.A. at 337, quoted by F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1979) at 106. For a detailed philosophical analysis of the "voluntariness" issue in plea negotiation situations, see M. Philips, "The Question of Voluntariness in the Plea Bargaining Controversy: A Philosophical Clarification" (1981-82), 16 *L. & Soc. Rev.* 207. Compare C.G. Brunk, "The Problem of Voluntariness and Coercion in the Negotiated Plea" (1978-79), 13 *L. & Soc. Rev.* 527, discussed therein.

97. [1980] 1 S.C.R. 976.

98. In this case, the Court considered "voluntariness" of a consent under s. 178.11(2)(*a*) (now s. 184(2)(*a*)) of the *Criminal Code*, induced, according to the Trial Judge (at 1003), "by promises of leniency ...." McIntyre J. (with whom Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ. concurred) said, in part, at 1005:

> "The consent given under s. 178.11(2)(*a*) [now s. 184(2)(*a*)] must be voluntary in the sense that it is free from coercion. It must be made knowingly in that the consentor must be aware of what he is doing and aware of the significance of his act and the use which the police may be able to make of the consent. The test to be applied in considering the admissibility of a statement or confession made by an accused person in custody to police officers or others in a position of authority is not applicable here. The word 'voluntary' in the sense in which it applies to a consent to intercept or to admit evidence under Part IV.1 of the *Criminal Code* should not be considered in the restricted sense of the rule in the *Ibrahim* case."

99. *Supra*, note 97, *per* McIntyre J. (with whom Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ. concurred) at 1005.

selfish and even reprehensible by certain standards will not vitiate it."[100] In its ruling, the Court implicitly suggested that inducements made by "persons in authority" need not in all instances be regarded as unacceptable; their propriety, the decision suggests, will depend upon their nature and/or the nature of what they are designed to induce. In the context of statements and confessions, the Supreme Court would consider improper any inducement that would place reliability in doubt.[101] Where consents to intercept private communications under section 184(2)(*a*) of the *Code* are concerned, however, the relevant consideration is whether the inducement amounts to "intimidating conduct ... force or threats of force ...."[102]

In the guilty plea context, it is our opinion that an improper inducement is one that necessarily renders suspect the genuineness or factual accuracy of the plea. Although one might be tempted to call an improperly-induced guilty plea "involuntary" in order to parallel the nomenclature applicable to improperly-induced confessions, we believe that this label can only mislead. It is a mistake to assume that the criteria for determining what is or is not an improper inducement in the context of confessions are logically transferable to the context of guilty pleas.[103] While threats or promises made by a police officer may clearly amount to improper inducements when made to an isolated suspect following lengthy interrogation, the inducements offered by a prosecutor to an accused in the presence of counsel who is doing his or her job, or

---

100. *Ibid*. His Lordship went on to state (at 1006):

> "The word coercion requires some definition in this context. The consent must not be procured by intimidating conduct or by force or threats of force by the police, but coercion in the sense in which the word applies here does not arise merely because the consent is given because of promised or expected leniency or immunity from prosecution."

His reason (at 1006) was as follows:

> "Inducements of this nature or compulsion resulting from threats of prosecution would render inadmissible a confession or statement made by an accused person to those in authority because the confession or statement could be affected or influenced by the inducement or compulsion. Different considerations arise, however, where a consent of the kind under consideration here is involved."

See also *Rosen* v. *The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961, *per* McIntyre J. (with whom Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ. concurred) at 974-75.

101. See *Goldman*, *supra*, note 97, at 1006.

102. *Goldman*, *supra*, note 97, at 1006. *Cf. Smerchanski* v. *M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 23, an income tax case in which it was argued that agreements by an individual and a corporate taxpayer to waive their rights to appeal from tax reassessments were voidable *inter alia* because they had been entered into in order to avoid prosecution. In rejecting this argument, Laskin C.J. (who also spoke for Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson and de Grandpré JJ.) noted (at 25-26) that, before agreeing to the waiver, "he ["[t]he individual taxpayer ..."] had had competent legal advice from more than one lawyer — indeed, he had had the opinion of accountants as well — and he had accepted the advice and acted upon it." His Lordship was "content to act on the view ... that the tax authorities held the threat of prosecution over Smerchanski but with good grounds and that the latter was aware of this and knowingly made a settlement, however draconian it may look to him in retrospect, which he was only too glad to make to escape the prospect of a conviction and of a gaol term" (at 32). He added that this was not a case "where the tax authorities, having no substantial case against a taxpayer, nonetheless importune and harass him with the threat of prosecution in order to exact an unjustified settlement" or "where a Crown prosecutor, to vindicate a private claim against another, threatens him with prosecution to force a favourable settlement of the claim" (at 33).

103. For a detailed discussion of the justification for not applying to guilty pleas the "voluntariness" test used in confessions, see J.E. Bond, *Plea Bargaining and Guilty Pleas*, 2nd ed. (New York: Clark Boardman, 1982) s. 3.13 at 3-36 to 3-39.

acted upon on the proper advice of counsel,[104] need not necessarily be placed on the same footing.[105] In the case of *R.* v. *Hughes*,[106] the Alberta Court of Appeal responded to the accused's argument that "his plea of guilty was prompted by police assurances that ... his girl friend ... would not be charged if he pled guilty, and promptly"[107] by saying *inter alia* that "[s]eparating any dealings Hughes had with the police and his pleas of guilty in the Provincial Court was his full access to duty counsel,"[108] and that "[e]vidence that concessions or advantages were offered by the Crown or the police and were acted upon by the accused will not, simpliciter, erode an informed guilty plea."[109]

In our opinion, the fact that an accused person who pleads guilty to an offence in accordance with the terms of a plea agreement has legal representation should not invariably end the matter. Although we believe, as Laskin J. (as he then was) acknowledged in his dissenting judgment (concurred in by Spence J.) in *Adgey* v. *The Queen*,[110] that the question of legal representation "is material to the duty that lies upon a trial judge in relation to pleas of guilty," we also think that judges should be able to go behind the guilty plea of even a represented accused where the circumstances warrant such investigation. It is not, it seems, unheard-of for defence counsel to "pressure" an accused into pleading guilty, notwithstanding the accused's preference for maintaining his or her innocence. In *Lamoureux* v. *The Queen*,[111] for example, the Quebec Court of Appeal stated that the accounts given by both the accused and the lawyer who had represented him at trial "indicate that the plea of guilty was induced by pressure from counsel and that the accused did not wish to plead guilty." In allowing the accused's appeal against the trial judge's refusal to allow him to withdraw his guilty plea, the Court reasoned that "[a] plea of guilty must always be a free and voluntary act by the accused himself, untainted by any threats or promises to induce

---

104. See Recommendations 3(1)(g) and 9.

105. See Bond, *supra*, note 103, s. 3.13(a) at 3-37. See also A. Enker, "Perspectives on Plea Bargaining" in The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *Task Force Report: The Courts* (Washington: U.S. Government Printing Office, 1967), Appendix A, 108 at 116-17, quoted by Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 549.

106. (1987), 76 A.R. 294 (Alta. C.A.).

107. *Ibid.*, *per* McClung J.A. at 295-96.

108. *Ibid.*, *per* McClung J.A. at 296. His Lordship further stated: "The duty counsel spoke to him at the Remand Centre before he was taken to court."

109. *Supra*, note 106, *per* McClung J.A. at 296. Although the Court (*per* McClung J.A. at 296) stated that "this is not such a case," it acknowledged that "there may be cases where a motion to strike a guilty plea by an adult accused could still be successfully taken despite timely access to counsel before the plea was entered."

110. [1975] 2 S.C.R. 426 at 436. See also *Lamoureux* v. *The Queen* (1984), 40 C.R. (3d) 369 (Que. C.A.). In *Antoine* v. *The Queen* (1984), 40 C.R. (3d) 375 (Que. C.A.) at 381, Rothman J.A. (with whom Vallerand J.A. concurred) said: "When a guilty plea is offered and there is any reason to doubt that the accused understands what he is doing, the judge or magistrate should make inquiry to assure that he does. But a trial judge is not bound, as a matter of law, in all cases to conduct an inquiry after a guilty plea, and the cases are rare where such an inquiry is necessary where the accused is represented by counsel ...."

111. *Supra*, note 110, *per* Rothman J.A. at 373.

the accused to admit that he committed the offence when he does not wish or intend to do so."[112]

The major difficulty with plea discussions, insofar as the question of improper inducement is concerned, relates to the use of "over-charging" and similar scare tactics.[113] In an essentially unregulated system, these devices may be used by the police and the prosecution as methods of situating themselves in the best negotiating position possible.[114] This problem can and should be corrected. In its *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*,[115] the American Law Institute (ALI) has drafted specific statutory safeguards designed to limit the type of inducements that may emanate from the prosecution. Section 350.3 of the ALI Code prohibits a prosecutor from resorting to certain negotiating techniques in order to bring about a guilty plea.[116] Specifically (but, apparently, not exhaustively) the section prohibits the use of three prosecutorial negotiating tactics. One is that of laying, or threatening to lay, a charge that the prosecutor does not believe to be supported by provable facts.[117] Another is that of laying, or threatening to lay, a charge that is not usually laid with respect to an act or omission of the type attributed to the accused.[118] A third is that of threatening that a not guilty plea entered by the accused may result, upon the accused's conviction, in a sentence more severe than the sentence that is usually imposed upon a similar accused person who has been convicted, following a not guilty plea, of the offence with which the accused is charged.[119] In prohibiting these practices,[120] the ALI has sought to ensure, generally, that plea discussions are conducted in a manner that is consistent with the type of prosecutorial practices that would normally be engaged in if the conclusion of a plea agreement were not a goal,[121] and that the accused, as a result, is "fully aware of ... the actual value of any commitments made to him by the ...

---

112. *Ibid.* See H. Litton, "Plea bargaining, an injustice or necessary evil?" in *Papers of the 7th Commonwealth Law Conference Hong Kong 18-23 September 1983* (Hong Kong: 7th Commonwealth Law Conference, 1983) 37 at 41.

113. See generally Cohen, *supra*, note 28, at 182-83, and the case of *Kienapple* v. *The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, discussed therein; Ericson and Baranek, *supra*, note 75, at 71, cited by the Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, at 413. In his book, *A Theory of Criminal Justice* (New York: Oxford University Press, 1979) at 453, Professor H. Gross has provocatively argued that the very nature of plea negotiation allows appropriate sentences to be negotiated only in cases in which the State resorts to such methods.

114. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 551; Solomon, *supra*, note 19, at 45.

115. *Supra*, note 7.

116. *Ibid.*, at 244-45.

117. Section 350.3(3)(a), at 244.

118. Section 350.3(3)(b), at 245.

119. Section 350.3(3)(c), at 245.

120. See the annotation to s. 350.3, at 246-47.

121. Commentary to s. 350.3, *supra*, note 7, at 614.

prosecutor ...."[122] We agree with these aims and, for this reason, have incorporated similar prohibitions in our recommendations.

IV. Accuracy and Appropriateness

One danger that must, in our view, be actively guarded against is the danger that accused persons will be induced, as the result of prosecutorial plea negotiation tactics or improper legal advice,[123] to plead guilty to offences of which they are innocent. It may be contended that the very process of plea negotiation is inherently wrong because it is calculated to induce innocent persons to enter pleas of guilty.[124] The weaker the prosecution's case against a particular accused is (the argument goes), the greater is the likelihood that the prosecutor will endeavour to make a guilty plea attractive.[125] In our opinion, however, this is more an argument for the implementation of effective safeguards in the plea negotiation process than it is an indictment of that process *per se*. The risk that an accused will be induced to plead guilty to an offence that he or she did not commit is, in our view, no greater than the risk that an accused or suspect will be induced to confess to an offence of which he or she is innocent. Rather than prohibiting the questioning of accused persons or suspects by the police, or rendering all confessions thereby obtained inadmissible as evidence, our law has devised measures to ensure, as well as possible, both the reliability of confessions and the integrity of the criminal justice process. Where we have perceived the law surrounding the questioning of suspects to be deficient in this regard, we have made specific and detailed recommendations for its improvement.[126] While it would, perhaps, be easier simply to abolish the practice of plea negotiation rather than face the challenges it presents, we do not consider the practical difficulties involved in the protection of innocent accused persons from unfair prosecutorial practices to be insurmountable.

A related criticism of plea negotiation, as it has sometimes been practised, is that it can result in charge reductions that do not reflect the reality of offences that have been committed.[127] This concern is fundamental and, in our view, lies at the root of

---

122. *Brady* v. *United States*, 397 U.S. 742 (1970) at 755, quoting from *Shelton* v. *United States*, 246 F. 2d 571 (C.A. 5th Cir. 1957) (*en banc*) (rev'd on unrelated grounds 356 U.S. 26 (1958)) at 572, n. 2, and quoted in the Commentary to s. 350.3, *supra*, note 7, at 615. See also Ratushny, *supra*, note 12, at 239.

123. See G.A. Martin, "The Role and Responsibility of the Defence Advocate" (1969-70), 12 *Crim. L.Q.* 376 at 387.

124. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 543-44. See van den Haag, *supra*, note 69, at 18, where it is argued that there is little reason to assume that the danger of innocent people pleading guilty is any greater than that of their being convicted after a full-scale trial.

125. See A.W. Alschuler, "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining" (1968), 36 *U. Chi. L. Rev.* 50 at 60, and Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 545-46 (citing Alschuler), where this argument is articulated.

126. See LRCC, *Questioning Suspects*, *supra*, note 2.

127. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 553. For further discussion of this phenomenon, see generally D.J. Newman, *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence Without Trial* (Boston: Little, Brown, 1966) at 99-104.

the "bad reputation" plaguing the plea negotiation process. Unduly lenient charge reduction, we believe, can only serve to diminish public respect for our criminal laws and for the administration of criminal justice.

The Canadian Sentencing Commission has suggested, in its report on *Sentencing Reform*, that part of the solution to the problem of excessive charge reduction lies in the establishment of uniform guidelines governing the manner in which prosecutorial discretion is exercised.[128] We are of a similar opinion. In our 1976 Report entitled *Guidelines: Dispositions and Sentences in the Criminal Process*[129] (referred to by the Sentencing Commission), we alluded to the fact that "[t]here is a wide area of discretion in the charging process and pre-trial practices which has led to real if ill-defined concerns such as 'plea bargaining.'" We took the position that "Crown discretion should be fully recognized and made visible,"[130] and recommended "that the Attorneys General of the provinces and territories develop and publish policy guidelines for charging, pre-trial settlements and the conduct of prosecutions ...."[131] In formulating its recommendations, the Sentencing Commission has stated specifically that prosecutorial guidelines ought to limit the charge-reducing ability of Crown prosecutors in situations in which more serious offences can be proved.[132] We concur.

In our view, however, what is also needed (both to deal with the problem of excessive charge reduction and to guard against the entering of guilty pleas by innocent accused persons) is a statutory mechanism for ensuring that findings of guilt resulting from negotiated guilty pleas are appropriate when measured against the actual conduct of the accused and the surrounding circumstances. In this regard, it is our opinion that the current law does not go far enough. At present, there is no statutory obligation on the prosecutor (as the Canadian Sentencing Commission has suggested there should be) to justify a plea agreement involving consent (under section 606(4) of the *Code*) to the acceptance of an accused's plea of guilty to an offence other than the one charged; nor is there (as we believe there should be) a specific obligation on the court to consider any such justification in deciding whether to accept such a plea. Furthermore, there is no statutory encouragement for trial judges, following the entering of a guilty plea by the accused, to make factual enquiries of the sort we believe may be indicated in plea agreement situations. As Smith J.A. of the British Columbia Court of Appeal stated in the general context of guilty pleas when he delivered the majority judgment in *R.* v. *Milina*:[133] "[W]hen an accused person pleads guilty it is not the law that the Magistrate

128. *Supra*, note 29, at 421-22.

129. *Supra*, note 43, at 55-56.

130. *Ibid.*, at 56.

131. *Ibid.*

132. *Supra*, note 29, recommendation 13.7 at 422. See van den Haag, *supra*, note 69, at 19, where it is argued, in effect, that prosecutors should be under a legal obligation to charge everything reasonably capable of being proved. For discussion of a similar approach taken elsewhere, see Cousineau, Verdun-Jones *et al.*, *supra*, note 66. For a sentencing case in which the Court discussed the practice of reducing charges believed to be provable, see *Perkins and Pigeau* v. *The Queen* (1976), 35 C.R.N.S. 222 (Que. C.A.).

133. (1946), 86 C.C.C. 374 (B.C.C.A.).

must go into the facts in order to satisfy himself that the accused is in fact guilty."[134] In contrast, Rule 11(f) of the United States *Federal Rules of Criminal Procedure* provides that "[n]otwithstanding the acceptance of a plea of guilty, the court should not enter a judgment upon such plea without making such inquiry as shall satisfy it that there is a factual basis for the plea."[135] Although we suspect that imposing an obligation in all cases to undertake a rigorous factual inquiry into the question of the accused's guilt would bring about (to borrow Smith J.A.'s words) "an end ... to any efficacy in a plea of guilty,"[136] we believe that something less than a full-scale trial could be provided for where indicated. Implementation of our recommendations would encourage judges to enquire into the factual bases of guilty pleas arising out of plea agreements by providing specific statutory authority to do so where they consider it necessary.[137]

V. Equality

Another concern that needs to be addressed relates to the issue of equality.[138] Critics of plea negotiation have pointed out that opportunities for discussion, as well as the nature of agreements that are ultimately struck, may depend on a variety of factors. Disparate prosecutorial treatment of similar accused persons may result, for example, from variations in the quality of representation received during plea negotiations,[139] in relationships between different prosecution and defence counsel,[140] in attitudes of different prosecutors concerning plea negotiation itself,[141] or in prosecutors' assessments as to the strength of their cases.[142] The potential effects of such disparate treatment by prosecutors, it has been suggested, are unfairness, uncertainty and inconsistency in the area of sentencing.[143]

Notwithstanding the potential that plea negotiation may have for producing these adverse effects, however, the actual extent to which the plea negotiation process results in sentence disparities is not very clear. Although studies cited recently by the Canadian Sentencing Commission indicate a widespread *perception* amongst participants in the

---

134. *Ibid.*, at 381 (Sloan C.J.B.C. and Robertson J.A. concurring).

135. *Supra*, note 7.

136. *Supra*, note 133, at 381 (Sloan C.J.B.C. and Robertson J.A. concurring).

137. For discussion of American procedures for determining the accuracy of guilty pleas, see Newman, *supra*, note 127, at 10-21.

138. See Newman, *supra*, note 127, at 42-44.

139. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 551. Plea negotiation appears to be uncommon in cases where the accused is not represented by counsel. See Hartnagel, *supra*, note 15, at 52.

140. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 552; Grosman, *supra*, note 68, at 80.

141. See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 552.

142. *Ibid.*, at 551-52.

143. See Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, at 406, 427.

criminal process that plea negotiation affects sentencing to one degree or another[144] (the results of our national survey suggest that this perception is shared by the Canadian public at large), some Canadian commentary suggests that more direct empirical support for the claim that plea negotiation results in unequal sentences may be lacking.[145]

We realize that inequality in the area of sentencing is, to some extent, inevitable under our present system of criminal justice. It is a problem that cannot, in any event, be entirely attributable to the plea negotiation process. If plea negotiation were eliminated tomorrow, we suspect that differences in judicial and prosecutorial attitudes, and in the experience and ability of defence counsel, would continue to produce variations in the sentences received by similar offenders.[146] Some persons who plead guilty, moreover, might continue to receive sentences less severe than those they would have received if they had been convicted following a full-scale trial[147] — not as a result of plea negotiation, but because their guilty pleas save public expense,[148] spare victims from the ordeal of giving evidence,[149] or are viewed as indications of remorse.[150] Nevertheless, in view of our commitment to fairness as a fundamental principle,[151] we believe that the *potential* that plea negotiation has for producing inequality in particular cases must be recognized.

---

144. *Ibid.*, at 406.

145. See Brannigan and Levy, *supra*, note 36, at 401-02. And see Solomon, *supra*, note 19, at 38-39.

146. As regards the relationship between judicial attitudes and sentencing generally, see J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process* (Toronto: University of Toronto Press, 1971).

147. But *cf.* M.L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (Toronto: University of Toronto Press, 1965) at 121, n. 12 and Hogarth, *supra*, note 146, at 345-49, both cited by Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 561, n. 225. On the question of so-called "sentence discounts" (*i.e.*, reductions in sentence severity as a result of guilty pleas *per se*), see D.A. Thomas, *Principles of Sentencing*, 2nd ed. (London: Heinemann, 1979) at 50-52, and the cases cited therein; *R.* v. *Davis* (1980), 2 Cr. App. R. (S) 168 (C.A.); *R.* v. *Boyd* (1980), 2 Cr. App. R. (S) 234 (C.A.); *R.* v. *Williams* [1983] *Crim. L.R.* 693 (C.A.); *R.* v. *Ross* (1983), 5 Cr. App. R. (S) 318 (C.A.). See *R.* v. *Shannon* (1979), 3 *Crim. L.J.* 307 (C.C.A.) and the Commentary thereto by F. Rinaldi at 308-09; *R.* v. *McGaw* (1980), 4 *Crim. L.J.* 51 (C.C.A.) and the Commentary thereto by F. Rinaldi at 51-52.

148. See *R.* v. *Johnston and Tremayne*, [1970] 4 C.C.C. 64 (Ont. C.A.); *R.* v. *Tanguay-Dupere* (1971), 13 *Crim. L.Q.* 436 (Que. C.A.); *R.* v. *Hutton* (1977), 13 A.R. 557 (Dist. Ct.); *R.* v. *Layte* (1983), 38 C.R. (3d) 204 (Ont. Co. Ct.), all cited by R.P. Nadin-Davis, "Principles of Sentencing" in R.P. Nadin-Davis and C.B. Sproule, *Canadian Sentencing Digest Quantum Service* (Toronto: Carswell, 1982) vol. 1, 1 at 160 (as updated) and footnotes. See also *R.* v. *Atkinson*, *supra*, note 31, at 201-02.

149. See *R.* v. *Shanower* (1972), 8 C.C.C. (2d) 527 (Ont. C.A.); *R.* v. *Truax* (1979), 22 *Crim. L.Q.* 157 (Ont. C.A.), cited by Nadin-Davis and Sproule, *supra*, note 148, at 160 and footnotes.

150. See *R.* v. *Turner*, *supra*, note 31, at 285; *R.* v. *Layte*, *supra*, note 148. As regards the extent to which guilty pleas may affect sentence, however, see *R.* v. *Spiller*, [1969] 4 C.C.C. 211 (B.C.C.A.) at 214-15 (cited by Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 506, n. 41 and 561); *R.* v. *Wisniewski* (1975), 29 C.R.N.S. 342 (Ont. Co. Ct.); *R.* v. *Basha* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 286 (Nfld. C.A.); *R.* v. *Bruce* (1982), 28 C.R. (3d) 247 (P.E.I.C.A.) (cited by Nadin-Davis and Sproule, *supra*, note 148, at 160-61 and footnotes).

151. See Bayles, *supra*, note 38, at 54-55; LRCC, *supra*, note 35, at 24.

The issue of equal treatment is one that we have considered in other contexts. In our Working Paper on *Diversion*,[152] we expressed the opinion that "equal justice is not an absolute to be pursued to the exclusion of all other values or considerations," and that "[i]f the resulting inequality is not gross it may be worthwhile to put up with it in order to secure other desirable objectives." At the same time, however, we acknowledged the need to minimize the inequalities that were the inevitable by-products of discretion. Toward this end, we recommended that guidelines be articulated to govern the exercise of that discretion, and that the visibility of discretionary decisions be increased.[153] Measures of this sort, it seems to us, would be particularly appropriate in the area of plea negotiation.

In recommending non-statutory guidelines, we are acknowledging that the legislative regulation of plea negotiation may not in itself be sufficient to guarantee equality of treatment, and that control of prosecutorial discretion, to some extent, will have to be accomplished through other means. This fact has been recognized by others who have grappled with the problem of equal treatment in plea negotiation. In its *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, for example, the American Law Institute has included a provision requiring all state prosecution offices to establish procedures and guidelines aimed at providing equal plea negotiation opportunities to accused persons in similar situations, and to promulgate these procedures and guidelines through the issuance of regulations.[154]

VI. Enforceability

An important aspect of plea negotiation relates to the enforceability of any agreements that may be struck.[155] Our review of the relevant case law has revealed at least an element of uncertainty in this regard. There have, for example, been cases (not necessarily involving plea agreements[156]) in which courts have refused to hold the

---

152. *Supra*, note 39, at 10.

153. *Ibid.*, at 10, 21.

154. *Supra*, note 7, s. 350.3(2), at 244.

155. For a discussion of this topic, and of many of the cases dealt with below, see Cohen, *supra*, note 28, at 186-87, Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 501-03, and the excellent article by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 244-48.

156. See *R.* v. *Cusak* (1978), 41 C.C.C. (2d) 289 (N.S.S.C.A.D.) at 295 where Hart J.A. said, in delivering the Court's judgment:

> "A review of the various decisions indicates to me that the only reluctance to change a sentence imposed with the approval of the Crown by appellate Courts is in those situations where there has been an attempt made at plea bargaining. It has been considered unfair to the accused who has entered a plea of guilty on the understanding that the Crown will not oppose a certain sentence to permit the Crown by appeal to repudiate its original position."

Having expressed the opinion (at 298) that "an appellate Court must be free to consider the representations made by the Crown as one factor only in determining the fitness of sentence except in plea bargaining situations, and even there in exceptional circumstances such as those referred to by Montgomery, J.A., in the *Mouffe* case, the appeal Court may find it necessary to intervene," His Lordship went on to say (at 299): "In the case at bar the respondent freely entered a plea of guilty to the offence charged before the matter of sentence came before the Court for consideration," and that "[t]here was no suggestion of plea bargaining."

prosecution to a position taken as to sentence by Crown counsel appearing at trial.[157] In *R.* v. *Kirkpatrick*,[158] for instance, the Quebec Court of Appeal allowed the Crown's appeal against the one-day jail sentence, three-year probation term and $1000 fine received by the accused (increasing the sentence to three years' imprisonment), notwithstanding the fact that the prosecution at trial had indicated its lack of opposition to a $1000 fine.[159] In *R.* v. *Mouffe*,[160] the same Court allowed the Crown's appeal against (and increased) a sentence that Crown counsel at trial had suggested.[161] In *R.* v. *Simoneau*,[162] a case in which the accused appealed to the Manitoba Court of Appeal from a sentence higher than that which had been suggested to the court in a joint submission, the accused argued *inter alia* (as Matas J.A. put it) "that it was wrong for the Crown[163] to oppose the appeal because of the agreement made at the trial level ...."[164] Rejecting this argument,[165] Matas J.A. expressed the view that "[i]n exercising its appellate function, a Court of Appeal will not, in all cases, necessarily hold the Crown to a position taken at the trial."[166] Although "[i]t will certainly consider the earlier stance of the Crown to be an important factor to be taken into account,"[167] His Lordship said, "whether the Crown ought to be bound will depend on the circumstances of the case."[168]

On the other hand, there are cases (again, not necessarily involving plea agreements) suggesting that the unilateral abandonment of concluded plea agreements

---

157. But see *R.* v. *Christie et al.* (1956), 115 C.C.C. 55 (Sask. C.A.). There Gordon J.A. (with whom Martin C.J.S. and Procter and Culliton JJ.A. concurred) stated at 56: "So far as the accused Wolfe is concerned, the agent of the Attorney-General consented to suspended sentence as against him and we do not think that under these circumstances an appeal by the Crown should be entertained, although we are of the opinion that he was treated very lightly."

158. [1971] C.A. 337 (Que.).

159. Montgomery J.A. (with whom Owen J.A. concurred) dissented. See note 211, *infra*, and accompanying text.

160. (1972), 16 C.R.N.S. 257 (Que. C.A.).

161. As in *Kirkpatrick*, Montgomery J.A. (with whom Turgeon J.A. now concurred) dissented. His Lordship said in part (at 263): "I do not doubt that we have discretion to maintain an appeal taken by the Crown under such circumstances but, in my opinion, we should do so only in exceptional cases, e.g., where there is evidence of bad faith or where counsel for the Crown has been led into error. I do not find this to be such a case."

162. *Supra*, note 70.

163. Different counsel appeared for the Crown at the appeal.

164. *Supra*, note 70, at 316. The "agreement ..." here concerned the appropriate sentence only, and was not a plea agreement.

165. Matas J.A. (with whom O'Sullivan and Hall JJ.A. concurred) was of the opinion (*supra*, note 70, at 316) that "[d]ifferent considerations may apply to those cases in which the accused has changed his position as a result of an undertaking by the Crown."

166. *Supra*, note 70, at 316.

167. *Ibid.*

168. *Ibid.*

by the prosecution ought not generally to be permitted.[169] In *R.* v. *Ah Tom*,[170] for example (a Nova Scotia case), an accused whose plea of guilty had been induced by a statement by the prosecutor causing him to believe that he would receive a small fine on conviction was granted a new trial and permitted to withdraw his plea.[171] In *R.* v. *Stone*[172] (also a Nova Scotia case), the accused had entered a guilty plea to a customs offence in circumstances indicating "some evidence of bargaining with her and the prosecution as to the punishment she should receive, and of her asserting her innocence and pleading guilty to protect her family."[173] According to Chisholm C.J.: "It ... appeared from the evidence that there was some negotiation between the defendant and the customs officers for a small fine to follow the plea of *guilty*."[174] Graham J. elaborated, saying:

> "It is admitted that this defendant was promised by the prosecution, that if she gave information, presumably as to who the person really was who had liquor in her garage, and pleaded guilty, the minimum fine of $50 would be imposed upon her. She gave information, which the officers however say was valueless. They therefore considered themselves absolved from their bargain; but they never told her so. They allowed her, relying on their promise, to plead guilty, and to be fined the maximum amount of $200."[175]

In these circumstances, a decision allowing the accused to appeal from her conviction (and allowing that appeal) was upheld by a majority of the Court.[176]

---

169. See *R.* v. *Jones* (1978), 40 C.C.C. (2d) 173 (B.C.S.C.), wherein some of these cases were considered in a slightly different context.

170. (1928), 49 C.C.C. 204 (N.S.S.C.).

171. The accused had been sentenced to a six-month prison term and a $500 fine (or an additional three-month prison term in default of payment thereof) by a stipendiary Magistrate who "found as a matter of fact that the defendant pleaded guilty on the representation of the prosecutor that if he so pleaded he would be let off with a fine ..." (*per* Harris C.J. at 205), and who said that "had he been aware of these representations ... he would have directed a plea of not guilty ..." (*per* Harris C.J. at 205). Harris C.J. (with whom Chisholm and Carroll JJ. concurred) termed the prosecutor's statements to the accused "misleading ..." (at 206).

172. (1932), 58 C.C.C. 262 (N.S.S.C.).

173. *Ibid.*, *per* Mellish J. at 266.

174. *Supra*, note 172, at 264 (emphasis included).

175. *Supra*, note 172, at 267.

176. Compare *R.* v. *Morrison*, *supra*, note 70. Here, the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court, in the course of hearing an application for leave to appeal from sentence, was told that counsel for the defence and for the prosecution at trial had "entered into a plea bargaining arrangement whereby if the appellant re-elected and changed his plea to guilty, the prosecutor would recommend to the Court a sentence of three months' imprisonment consecutive to the sentence the appellant was then serving" (*per* Pace J.A. at 529-30). Counsel for the prosecution on appeal (who was not the prosecutor appearing for the Crown at the accused's sentencing) "admitted that such a bargain had been made and that the Crown prosecutor at the trial did not carry out the bargain" (*per* Pace J.A. at 530). After noting that counsel for the accused had not raised the issue before the Trial Judge, the Court (*per* Pace J.A. at 530) emphasized that "Courts are not bound by plea bargaining agreements made by counsel," and that while "[i]t may be that under certain cicumstances a Court will not permit a party to repudiate an agreement once submitted before the trial Judge ...," this "does not mean that the Court is bound to carry out the agreement." Here, the Court noted (*per* Pace J.A. at 530), "the appellant had his remedies of either appealing his conviction or applying to the trial Judge to withdraw his plea; he chose to do neither." This being so, it was "now too late for him to raise this issue ..." (*per* Pace J.A. at 530).

In *R.* v. *Agozzino*,[177] the Ontario Court of Appeal dismissed the Crown's appeal from what it considered to be the "utterly inadequate ..."[178] sentence imposed on the accused, after noting that "prior to the trial Crown counsel intimated that he would not ask for a jail term and on the basis of such intimation counsel for the accused received instructions to plead guilty."[179] Although the Court indicated that it would likely have allowed the appeal if it had considered itself free to consider the adequacy of the sentence, it reasoned that "it would now be quite unfair, not only to the Magistrate but to the accused, for the Crown, by means of this appeal, to change its position by asking for a substantial term of imprisonment."[180] It added: "In effect the appeal repudiates the position taken by Crown counsel at the trial and we do not care to give effect to that repudiation."[181]

In *R.* v. *Fleury*,[182] the Crown appealed against sentences only slightly shorter than those which Crown counsel at trial had recommended, asking this time that substantially longer sentences be imposed. A majority of the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal. In the course of his judgment, Montgomery J.A. (who was part of that majority) referred to his dissents in the *Mouffe* and *Kirkpatrick* cases, and said:

---

177. [1970] 1 C.C.C. 380 (Ont. C.A.).

178. *Ibid.*, *per* Gale C.J.O. at 381.

179. *Ibid.*

180. *Ibid.*, at 381-82.

181. *Ibid.*, at 382. See *R.* v. *Boutilier* (1981), 48 N.S.R. (2d) 179 (S.C.A.D.), a case in which the Crown sought leave to appeal against the sentence (a fine and probation) received by an accused who had pleaded guilty to breach of trust. After noting (at 179) that "[t]his court has been advised that a plea-bargaining arrangement was entered into between the Crown and the accused whereby the Crown agreed not to demand that a jail sentence be imposed ...," the Court concluded (at 180) that "[i]n view of this arrangement and the fact that we do not necessarily have all the facts associated with such a bargain, this court is not prepared to grant the Crown leave to appeal from the sentence imposed by the trial magistrate." In *R.* v. *Dubien*, *supra*, note 31, Crown counsel had indicated, in discussions with the accused's counsel before the accused pleaded guilty, "that, in the event that the respondent was sufficiently remorseful to plead guilty to rape (and not to attempted rape), and if he was prepared to acknowledge to the court that he was in need of psychiatric help, the Crown would acknowledge those mitigating factors and would undertake not to seek a declaration that the accused was a dangerous offender," and that "[t]he Crown would seek, in those circumstances, a term in the range of seven to ten years" (*per* MacKinnon A.C.J.O. at 380). Upon the trial Judge's indicating "that he would give a sentence of five years in any event," however, "[t]he Crown indicated to defence counsel that, in the event that the respondent now pleaded guilty to rape, and in the event that the respondent was sentenced to a term of five years, Crown counsel would not recommend to the Crown Law Office that the sentence be appealed," and "further expressed the opinion that, in the absence of such a recommendation from the assistant Crown attorney who prosecuted the case, no appeal as to sentence would be launched" (*per* MacKinnon A.C.J.O. at 381). In allowing the Crown's subsequent appeal against the five-year sentence imposed after the accused pleaded guilty to, and was convicted of, rape, the Ontario Court of Appeal noted *inter alia* that the prosecutor had made it clear to counsel for the accused during their discussions before the accused's guilty plea "*that the assistant Crown attorney in charge of the prosecution of the trial had no power to bind the Attorney General on matters of appeal, and that the ultimate decision would be his*" (*per* MacKinnon A.C.J.O. at 381; emphasis included). Because the prosecutor at trial had not recommended an appeal against the accused's sentence, and had not initiated a dangerous offender application, the Court said, there had been no repudiation of his position.

182. (1971), 23 C.R.N.S. 164 (Que. C.A.).

> "Where after a plea of guilty the Crown recommends a light sentence, I do not suggest that this recommendation is binding on the trial judge. He may quite properly state that he intends to impose a heavy sentence and ask the accused whether he wishes to withdraw his plea of guilty. If, however, he accepts the Crown's recommendations, I am of the opinion that it is only in the most exceptional circumstances that a court of appeal should intervene. Apart from the possibility that the accused might wish to withdraw his plea, he might wish to make further evidence in mitigation of sentence."[183]

In *R.* v. *Brown*,[184] the prosecutor had agreed, in exchange for the accused's guilty plea on one charge, to withdraw certain other charges and to inform the Trial Judge that he was not requesting a sentence consecutive to the one the accused was serving at the time. Following the accused's plea of guilty, however, "Crown counsel then vacillated, but, on the whole, seems to have urged the trial Judge ... to impose a consecutive term."[185] In these circumstances, the Ontario Court of Appeal allowed the accused's appeal from his sentence, and substituted a concurrent term for the consecutive one that had ultimately been imposed.

The cases dealing with the question of whether repudiation ought to be permitted do not, however, exhibit judicial unanimity in the articulation of criteria upon which the decision should be made. On one hand, there is the test propounded in *A.G. Canada* v. *Roy*.[186] There, the Quebec Court of Queen's Bench dismissed the Attorney General of Canada's appeal against a sentence it considered to be inadequate. Having noted that the sentence imposed on the accused was one that had been suggested by (different) Crown counsel at trial, and having considered the accused's argument "that the sentence imposed was in fact one which was negotiated and arrived at by consent prior to the plea,"[187] Hugessen J. reasoned *inter alia* that "[t]he Crown, like any other litigant, ought not to be heard to repudiate before an appellate court the position taken by its counsel in the trial court, except for the gravest possible reasons."[188] Elaborating, His Lordship continued: "Such reasons might be where the sentence was an illegal one, or where the Crown can demonstrate that its counsel had in some way been misled, or finally, where it can be shown that the public interest in the orderly administration of justice is outweighed by the gravity of the crime and the gross insufficiency of the sentence."[189] His Lordship then concluded: "Applying these principles to the case at bar, I cannot see that the Crown has satisfied the test which I have laid down."[190]

---

183. *Ibid.*, at 175.

184. *Supra*, note 70.

185. *Ibid.*, *per* Gale C.J.O. at 228. As the Court also noted (at 228), the Trial Judge "of course, was not in any way bound, and perhaps knew nothing of the prior arrangement ...."

186. (1972), 18 C.R.N.S. 89 (Que. Q.B.).

187. *Ibid.*, *per* Hugessen J. at 90.

188. *Ibid.*, at 93.

189. *Ibid.*

190. *Ibid.*

The test propounded in the *Roy* case was applied by the Appeal Division of the Prince Edward Island Supreme Court in *R.* v. *MacArthur*.[191] There Crown counsel at trial, in accordance with an agreement under which the accused had pleaded guilty to a charge of criminal negligence causing bodily harm, had made no submission regarding sentence. In dismissing the Crown's subsequent appeal from the sentence that had ultimately been imposed, MacDonald J. (who delivered the Court's judgment) quoted from Hugessen J.'s judgment in *Roy*, and said: "Here the sentence was not an illegal one, neither has the Crown contended that it has been misled. If the sentence is to be varied, it must be on the ground that the sentence was grossly insufficient and that it is in the public interest that it should be varied."[192] Although His Lordship later remarked "Had I been the trial Judge, I probably would have sentenced the accused to a jail term,"[193] he was quick to add: "... I must weigh the fact that the respondent has entered a guilty plea and that it is now too late for him to ask for leave to change his plea. His guilty plea was entered on the understanding that the Crown would not speak on sentencing and I do not feel it would be fair to the respondent to sentence him when he may well have entered a not guilty plea had he known a jail sentence was being sought by the Crown."[194] His Lordship then concluded by saying that "[w]hile this case is very close to being one where the gravity of the crime outweighs the public interest in the administration of justice, the benefit must be given to the accused."[195]

In *R.* v. *Goodwin*,[196] Crown counsel had agreed to recommend consecutive ten-month prison sentences if the accused pleaded guilty to robbery and attempted robbery. Although the accused did so and Crown counsel made the recommendation agreed to, the Court sentenced the accused to concurrent prison terms of only six months plus probation for two years. In dealing with the Crown's subsequent application for leave to appeal against these sentences, and with the appeal itself, the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court considered *inter alia* "whether the Crown, by this appeal, can repudiate its agreement and the representations made by its counsel to the trial judge and now ask for a much greater term of imprisonment."[197] Although it determined that the sentences were inappropriate and ought to be varied, the Court declined to increase them beyond the consecutive ten-month terms that had been agreed to. After quoting from the *Roy* case, Pace J.A. (who delivered the Court's judgment) said:

> "In the present appeal we must consider whether the sentence imposed is so grossly insufficient in view of the gravity of the offences that the public interest in the orderly administration of justice would be adversely affected. The Crown was under no duty to make any bargain. The fact that it now considers that it should not keep its part of the bargain must be viewed in the light not only of the insufficiency of sentence but also of

191. (1978), 39 C.C.C. (2d) 158 (P.E.I.S.C.A.D.).

192. *Ibid.*, at 160.

193. *Ibid.*, at 161.

194. *Ibid.*

195. *Ibid.*

196. (1981), 21 C.R. (3d) 263 (N.S.S.C.A.D.).

197. *Ibid.*, *per* Pace J.A. at 266.

> fairness to the respondent. The respondent had a right to have his case tried in the usual manner and to present to the court any defence that was available to him. With knowledge of the terms of the bargain, he entered pleas of guilty. It may be that the bargain should not have been made, in view of what this court has stated as being proper sentences in crimes of this nature. However, it was made and, in my opinion, it must be honoured. Plain honesty and fairness demand that the agreement not be now repudiated.
>
> Although the sentence agreed to was insufficient, I do not consider it so grossly insufficient as to be against the public interest, weighed in the light of the alternative. A bargain is a bargain and, if the Crown does not wish to be bound by it, the simple solution is to make no bargain at all. I do not wish to imply that this court will always uphold a bargain made by counsel, however wrong or ill-advised, but rather that, in weighing the proper principles to be applied in resolving such matters, the burden is heavy on the party who seeks to repudiate. I do not find in this appeal that the Crown has satisfied that burden."[198]

In *R.* v. *Wood*,[199] on the other hand, the Appellate Division of the Alberta Supreme Court took a slightly different view as to the importance that the prosecution's position at trial ought to be accorded. There, a sentence of 30 months' probation had been imposed on an accused who had pleaded guilty to a charge of gross indecency.[200] On the Crown's subsequent application for leave to appeal from that sentence, defence counsel questioned, in McDermid J.A.'s words, "whether the Crown should be allowed to appeal in view of the fact that it had been intimated to the Provincial Judge that the Crown was not seeking a jail sentence."[201] In His Lordship's view, this consideration was not determinative. "A position taken by Crown counsel before a trial Judge is a circumstance to be taken into consideration,"[202] he reasoned, "but we cannot be bound by any such position taken and are not willing to restrict the appeal of the Crown by such a consideration."[203] In the particular circumstances of this case, and "to be sure that there can be no suggestion of unfairness to the accused,"[204] His Lordship stated that he "would grant leave to appeal, quash the conviction, direct a new trial and that the accused be given the appropriate election and be allowed to plead again at the new trial."[205] He added that the prosecution should not then be permitted to introduce the accused's guilty plea in evidence.

Moir J.A. (with whom Haddad J.A. concurred) adopted a somewhat different approach. This was a case, he stated, in which "the agent for the Attorney-General

---

198. *Ibid.*, at 267.

199. *Supra*, note 31.

200. After the accused had pleaded guilty, the prosecution withdrew a second count charging the accused with buggery.

201. *Supra*, note 31, at 105.

202. *Ibid.*, at 110.

203. *Ibid.* See *R.* v. *Dubien*, *supra*, note 31, where the Ontario Court of Appeal (*per* MacKinnon A.C.J.O. at 383) expressed the opinion that "counsel for the Crown could not take away the discretion vested in the Attorney General to determine whether an appeal should or should not be taken or the obligation imposed on this court to consider the fitness of the sentence when the matter is before us."

204. *Supra*, note 31, at 110.

205. *Ibid.*

told defence counsel that he would not seek a jail sentence if the accused entered a plea of guilty,"[206] and "[c]learly, the effect of that intimation would be to encourage the accused to plead guilty."[207] In these circumstances, it was His Lordship's view that leave to appeal ought to be refused. Although he agreed with McDermid J.A. that "counsel for the Attorney-General cannot bind him by his submission as to sentence so as to preclude the Attorney-General from appealing,"[208] he considered the actions of Crown counsel at trial to be "an important circumstance to be taken into account in determining whether the Crown should be granted leave to appeal where no jail sentence was imposed."[209] Rejecting the solution proposed by McDermid J.A., His Lordship continued:

> "The Court, in determining whether or not leave to appeal should be granted, seeks to ensure fair play. To this end, my brother McDermid has directed that the Crown make no reference to the accused's plea of guilty on the new trial which is directed, in an attempt to see to it that the accused is not prejudiced by what has occurred. The accused can be prejudiced in ways other than the admission against him of a guilty plea. Here, after pleading guilty, the accused, through his counsel, disclosed he had been seen by two psychiatrists. In dealing with these people the accused told them certain things. The Crown is now aware of these facts. The Crown may now call both of these psychiatrists as witnesses. Their evidence is both competent and compellable. The Court cannot prevent such evidence from being called. This will surely prejudice the accused.
>
> In addition, the accused has been on very strict probation for about one year. He has lived up to the strict terms of his probation. It seems to me that after such a long period to sentence the accused to a term of imprisonment may be unfair. Usually sentence appeals are brought before this Court with much greater expedition.
>
> I do not want to be taken to have suggested that the sentence here was adequate. I am in entire agreement with my brother McDermid that a substantial term of imprisonment is called for. However, because we cannot put the accused back into the position he was in before his plea, and because of the delay, I would refuse leave to appeal."[210]

It is our opinion that the concept of fairness requires generally that plea agreements concluded by the prosecution be adhered to, and that their repudiation not be sanctioned by appellate courts. As Montgomery J.A. (with whom Owen J.A. concurred) remarked in his dissenting judgment in the *Kirkpatrick* case (after referring to *Agozzino*): "[S]uch a repudiation by the Crown of a position taken by its representative in charge of a case is derogatory to the orderly administration of justice, and we should countenance it only if an urgent public interest so demanded."[211] In our view, the criteria for determining whether or not the prosecution should be allowed, on appeal against sentence, to repudiate the position it has taken at trial are most adequately expressed in

---

206. *Ibid.*, at 111.

207. *Ibid.*

208. *Ibid.*, at 110-11.

209. *Ibid.*, at 111.

210. *Ibid.* As to admissibility of communications by accused persons to psychiatrists, compare *R.* v. *C.K.L.* (1987), 62 C.R. (3d) 131 (Ont. Dist. Ct.).

211. *Supra*, note 158, at 339. It appears that this remark was made with reference not merely to plea agreement situations.

the *Roy* case.[212] The alternative suggested in *Wood* (in which the prosecution's previous position would be merely "a circumstance to be taken into consideration ...,"[213] or "an important circumstance to be taken into account ..."[214]) does not provide sufficient guidance for courts of appeal faced with the very difficult problem of plea agreement repudiation.[215] Although it is not our aim to tie the hands of appellate judges in such matters, we believe that the principles of clarity and fairness demand the articulation of more specific criteria governing the exercise of judicial discretion in this area. Clarity, as we have suggested in our recent Report on *Our Criminal Procedure*,[216] need not — and ought not — eliminate all features of discretion and flexibility from the decision-making process. These features, after all, are themselves essential to the goal of fairness; they imbue our criminal justice system with a sense of humanity.[217] At the same time, however, we believe that discretion and flexibility may be incompatible with the goals of clarity and fairness if not placed within their proper boundaries. An accused person contemplating the entering of a guilty plea as the result of an undertaking given by the prosecution is entitled, in our view, to have a reasonably clear idea of the circumstances in which the prosecution may repudiate that undertaking. This view, in our opinion, is consistent with the reasoning and intentions expressed by the Government of Canada in *The Criminal Law in Canadian Society*,[218] when it called for clear and accessible articulation of the rights of those whose freedom the criminal process directly threatens. Decisions as to whether or not the prosecution should be permitted to repudiate an undertaking relied upon by an accused in entering a guilty plea should, moreover (for the sake of fairness both to the accused and to the public), be based on specific, pre-determined criteria. This view, we believe, is consistent with the basic precept enunciated by the Government of Canada in *The Criminal Law in Canadian Society* when it recognized that appropriate methods for controlling discretion in the criminal process were important to the maintenance of accountability and equality.[219]

It is our further opinion that, once an accused has pleaded guilty to an offence in accordance with a plea agreement, it would not generally be right for the prosecution to commence or continue any proceedings (whether by way of appeal or otherwise) in

---

212. *Supra*, note 186. As indicated by Recommendation 21 below and the commentary thereto, however, our endorsement of *Roy* is not without qualification.

213. *Supra*, note 31, *per* McDermid J.A. at 110.

214. *Ibid.*, *per* Moir J.A. (Haddad J.A. concurring) at 111.

215. But see the views expressed by E.G. Ewaschuk, "Criminal Pleadings" (1976), 35 C.R.N.S. 273 at 294 and by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 247-48.

216. *Supra*, note 35, at 25.

217. For a recent view on the relationship between discretion and humanity in the area of sentencing, see the Minority Report of Commissioner B.J. Pateras in Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, 334 at 339.

218. *Supra*, note 33, at 53, 60.

219. *Ibid.*, at 54, 64.

contravention of that agreement.[220] This position, we believe, is supported by a number of Canadian cases dealing with the applicability of the "abuse of process" doctrine in analogous situations.[221]

In *Re Smith and the Queen*,[222] for example, the agreement (not a plea agreement) between the accused and the prosecutor involved the turning over of evidence in exchange for a promise not to lay certain charges.[223] Although he acknowledged the possibility that the public's interest in law enforcement might arguably require the continuation of a prosecution in some instances,[224] Berger J. of the British Columbia Supreme Court considered that the agreement in this case precluded the accused's prosecution on the particular charges involved. Referring to the agreement, His Lordship stated that "[t]here should ... be no attempt to avoid its consequences,"[225] and that "[t]hat is an abuse of the process of the Court."[226]

A similar view was expressed in the case of *R.* v. *Betesh*.[227] There, an agreement not to prosecute strikers for acts committed during a postal strike had constituted part of the settlement that was ultimately reached. In granting the accused's application to stay proceedings subsequently brought against him for an act that was alleged to have been committed during the strike, Graburn Co. Ct. J. stated his opinion that such proceedings amounted to an abuse of the Court's process. "[A]lthough the concept of 'abuse of process' was not expressly articulated by the Courts in *Agozzino*, *Brown* and *Roy*,"[228] His Honour said, "in effect, those Courts refused the relief sought by the

---

220. See *R.* v. *LeBlanc*, *R.* v. *Long* (1938), 71 C.C.C. 232 (N.B.S.C.A.D.) at 239, where it was suggested in an *obiter dictum* that, had the accused's guilty plea been induced by a promise by the prosecutor not to appeal against sentence as it was doing (the Court found that there had been no such promise), the breaking of such a promise "might afford some reason for this Court to say that it would not act under such circumstances."

221. See *R.* v. *Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, in which the Supreme Court of Canada agreed with the Ontario Court of Appeal's assessment in *R.* v. *Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), *per* Dubin J.A. at 31, that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings," and that "[i]t is a power ... of special application which can only be exercised in the clearest of cases." It may also be that commencement or continuation of a prosecution in contravention of a plea agreement would be contrary to "the principles of fundamental justice" under s. 7 of the *Charter*. As to the relationship of s. 7 to the doctrine of abuse of process, see D.C. Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15 at 52-55.

222. (1974), 22 C.C.C. (2d) 268 (B.C.S.C.). See also *Re Delaney* (1977), 17 N.B.R. (2d) 224 (Q.B.); *R.* v. *Blackstock* (1983), 10 W.C.B. 73 (Sask. Prov. Ct.). But see *R.* v. *Stafford* (1985), 14 W.C.B. 54 (Ont. Dist. Ct.); *R.* v. *Burlingham* (1986), 1 W.C.B. (2d) 154 (B.C.S.C.).

223. At issue was whether the charges that were laid against the accused were contemplated by the agreement.

224. *Supra*, note 222, at 272.

225. *Ibid.*

226. *Ibid.*

227. (1975), 30 C.C.C. (2d) 233 (Ont. Co. Ct.).

228. *Ibid.*, at 250-51.

Crown, since to grant it, would, in fact, constitute an abuse of the process of t Court."[229] Continuing, he emphasized: "The abuse lies in the *Crown reneging on a agreement made and presented to a Court. To renege on such an agreement constitut an abuse of the process of the Court. The Crown is expected to honour the agreemen it has made in relation to prosecutions.*"[230] He then stated: "To this I would add th the Crown is expected to honour such agreements whether presented to the Court o otherwise, as I have already reached the conclusion that the federal Attorney-General function is to consider, as well as conduct, prosecutions."[231]

In *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and The Queen*,[232] Jessup J.A. of the Ontario Cou of Appeal noted that "[t]he cases use such adjectives as vexatious, unfair, oppressiv and now, 'most exceptional circumstances' in describing conduct deemed to be in abus of process."[233] Having referred *inter alia* to the *Betesh*, *Smith* and *Agozzino* cases,[23 His Lordship went on to express the opinion that "the conduct of the Crown in thi case, in breach of an undertaking by one of its senior officers, attracts each of th adjectives I have mentioned."[235]

In *R.* v. *Crneck, Bradley and Shelley*,[236] Krever J. of the Ontario High Court o Justice saw "considerable merit ..."[237] in the argument of an applicant for a stay o proceedings that "[f]or the Crown to have reneged on an agreement to extend immunity from prosecution to an accused person in return for co-operation from that person, which is in fact given, undermines the administration of justice and brings the entire system of the administration of justice into disrepute."[238] Although His Lordship also saw "merit ..."[239] in the Crown's argument "that the decision of an Assistant Crown Attorney, as an agent of the Attorney-General, a member of the executive branch of Government, must be accorded respect by the Court as a decision made in the interests of the administration of justice and made on information which a Judge or Court can know nothing about ...,"[240] he added: "I doubt that it outweighs the principle that agreements made by a representative of the Attorney-General after consideration and consultation with experienced police officers, should — because the representative

---

229. *Ibid.*, at 251. But *cf. R.* v. *Clifford* (1981), 13 M.V.R. 264 (B.C. Co. Ct.).

230. *Supra*, note 227, at 251 (emphasis included).

231. *Supra*, note 227, at 251.

232. (1979), 47 C.C.C. (2d) 487 (Ont. C.A.).

233. *Ibid.*, at 496.

234. His Lordship referred as well to the case of *Re Delaney*, *supra*, note 222.

235. *Supra*, note 232, at 496.

236. (1980), 55 C.C.C. (2d) 1 (Ont. H.C.).

237. *Ibid.*, *per* Krever J. at 10.

238. *Ibid.*

239. *Ibid.*, *per* Krever J. at 12.

240. *Ibid.* His Lordship added: "[O]f course, the decision I refer to now is the decision to renege, not the original decision."

symbolically and in reality is the embodiment of our society's idea of fairness in the administration of justice — should, I say, be carried out."[241] Having expressed his view that, in the particular circumstances of this case, "[i]f the Crown is permitted to withdraw from the agreement to discontinue the proceedings against Miss Bradley after she has fulfilled her part of the bargain, the Crown ... will have caused serious prejudice to her in her defence on this charge,"[242] Krever J. went on to stay the proceedings against the applicant as an abuse of process. "The cumulative effect of this consideration and the principle enunciated by the authorities that the Crown must be expected to carry out its agreement," His Lordship stated, "is enough, in my view, to bring this case within the category of 'cases of the most exceptional circumstances', to use the words of Mr. Justice Jessup in the *Abitibi Paper Co.* case."[243]

More recently, in the Ontario case of *R.* v. *Engel*,[244] Draper Prov. Ct. J. specifically referred *inter alia* to "the Crown resiling from the plea bargain after the accused had acted on it by consenting to the extension of the time limit for laying the third charge..."[245] in enumerating his reasons for staying a previous charge that a Crown Attorney had agreed to withdraw.[246]

---

241. *Supra*, note 236, at 12. Before noting that there was "a more compelling consideration ..." involved in this case, however, His Lordship added: "In the view I take of this matter, it is unnecessary to decide, if there were nothing more to be considered, which of these two competing principles is to be preferred."

242. *Supra*, note 236, at 12.

243. *Ibid.*, at 13.

244. (1982), 7 W.C.B. 347 (Ont. Prov. Ct.). Compare *R.* v. *Kennedy* (1972), 6 C.C.C. (2d) 564 (Ont. C.A.).

245. *Supra*, note 244, at 8 of the original judgment.

246. The withdrawal, according to Draper Prov. Ct. J., was conditional upon the accused's pleading guilty to the charge for which the limitation period had expired.

CHAPTER TWO

Recommendations and Commentary

Our analysis of the practical and theoretical problems associated with the process of plea negotiation, and our commitment to the fundamental principles alluded to in the course of that analysis, have led us to a number of conclusions concerning the manner in which plea negotiation ought to be regulated. In our view, the principles of fairness, clarity and accountability demand, by and large, that the plea negotiation process be given a statutory framework. As we have suggested in previous Reports, we consider the primary vehicle for promoting the goals of certainty, uniformity and equality (all of which flow from the above-stated principles) to be that of legislation.[247] Given the considerable extent to which the informality of plea negotiation has contributed to its unsavory reputation, we believe the imposition of some legislative controls to be particularly appropriate.

This is not to say, however, that legislation constitutes the entire solution. Inevitably, the success of any legislative scheme will depend on the manner in which it is put into practice.[248] As we have acknowledged, moreover, not all of our recommendations are suitable for embodiment in federal statutory provisions. Some must find expression in the development and promulgation, by the appropriate authorities, of uniform guidelines. Although we have not attempted to devise an exhaustive and comprehensive set of ethical and professional rules to govern the conduct of prosecutors, defence counsel and judges in the area of plea negotiation, we have formulated an opinion on what we consider to be the essentials.

As regards the specific content of the rules we have in mind, for both guidelines and legislation, we recommend as follows:

I. Definitions

The following recommendations are intended for implementation in both legislation and guidelines.

---

247. See, *e.g.*, LRCC, *Questioning Suspects*, *supra*, note 2, at 9; LRCC, *Obtaining Forensic Evidence: Investigative Procedures in Respect of the Person*, *supra*, note 2, at 6, 8.

248. As to the success, in practice, of American legislation designed to improve procedures for taking guilty pleas (negotiated and otherwise), see generally W.F. McDonald, "Judicial supervision of the guilty plea process: a study of six jurisdictions" (1987), 70 *Judicature* 203.

RECOMMENDATION

1. The term "plea agreement"[249] should be defined as meaning any agreement by the accused to plead guilty in return for the prosecutor's agreeing to take or refrain from taking a particular course of action.

Commentary

This is the recommended definition set out in the Introduction to this paper. It explicitly contemplates agreements of a two-sided nature, involving the mutual exchange of consideration.

The definition has been drafted broadly (the consideration flowing from the prosecution has deliberately not been specified) in order to encompass the very wide range of plea agreements that may be concluded. In practice, as various writers have suggested, plea agreements may involve promises relating to the number and/or gravity of charges to be faced by the accused;[250] the nature and/or severity of sentence that a prosecutor may recommend (or agree not to oppose);[251] or the way in which the prosecutor's influence is exercised in a number of other areas that affect the accused.[252]

As mentioned in the Introduction, the definition excludes agreements in which the consideration flowing from the accused is something other than a guilty plea (evidence or information, for example).

RECOMMENDATION

2. The term "plea discussion"[253] should be defined as meaning a discussion directed toward the conclusion of a plea agreement.

This recommended definition is self-explanatory.

RECOMMENDATION

3. (1) The term "improper inducement" should be defined as meaning any inducement that necessarily renders suspect the genuineness or factual accuracy of

249. As indicated *supra* in note 8, this is the expression used *inter alia* in the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, in the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7, and in the United States *Federal Rules of Criminal Procedure*.

250. See, *e.g.*, Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 513; Cohen, *supra*, note 28, at 179.

251. *Ibid.*

252. See, *e.g.*, Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 513-14; Cohen, *supra*, note 28, at 179-80.

253. As stated *supra* in note 7, this is the expression used *inter alia* in the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, in the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7, and in the United States *Federal Rules of Criminal Procedure*.

the accused's plea, and as including the following conduct when it is engaged in for the purpose of encouraging the accused to plead guilty:

(a) the laying of any charge not believed to be supported by provable facts;[254]

(b) the laying of any charge that is not usually laid with respect to an act or omission of the type attributed to the accused;[255]

(c) a threat to lay any charge of the type described in paragraphs (a) or (b) above;[256]

(d) a threat that any not guilty plea entered by the accused will result, upon the accused's conviction, in the prosecutor's asking for a sentence more severe than the sentence that is usually imposed upon a similar accused person who has been convicted, following a not guilty plea, of the offence with which the accused is charged;[257]

(e) any offer, threat or promise the fulfillment of which is not a function of the maker's office;[258]

(f) any material misrepresentation; and

(g) any attempt to persuade the accused to plead guilty notwithstanding his or her continued denial of guilt.

(2) The term "improper inducement" should be defined so as to make it clear that encouraging the accused to enter into a plea agreement, as defined in Recommendation 1, is not in itself an improper inducement.[259]

Commentary

Coupled with Recommendations 5, 19(a) and 20(a) below, this recommendation is designed to place limits on the type of inducement that may be offered to an accused person in the context of plea discussions (and elsewhere). It accords with the view,

254. This provision is adapted from the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.3(3)(a), at 244.

255. This provision is adapted from the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.3(3)(b), at 245.

256. This provision is adapted from the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.3(3)(a) and (b), at 244-45.

257. This provision is adapted from the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.3(3)(c), at 245. It would cover, among other things, attempts to induce a guilty plea by selective and unfair use of the *Criminal Code*'s provisions relating to the giving of notice to the accused of the prosecutor's intention to seek "greater punishment ... by reason of previous convictions ...." See *Criminal Code*, s. 665(1).

258. See the definition of plea negotiation provided by Cohen, *supra*, note 28, at 179.

259. As to the possible relationship of improper inducements to professional misconduct, see, *e.g.*, Law Society of Upper Canada, *Professional Conduct Handbook* (Toronto: Law Society of Upper Canada, 1978 (as amended)), Rule 8 and commentary.

expressed by the Criminal Law and Penal Methods Reform Committee of South Australia,[260] that while plea discussions are not inherently objectionable, certain negotiating practices are. Paragraphs (a) to (d) of part (1) describe techniques of intimidation. Paragraph (e) is designed to deal with practices characterized in American jurisprudence as "having no proper relationship to the prosecutor's business ...,"[261] and with practices that are likewise inimical to the proper functions of police officers. It would cover intimidating tactics such as violence or the threat of violence, and would extend to other improper practices such as bribery. Paragraph (f) is designed to deal with practices that obfuscate the "actual value ..."[262] of apparent prosecutorial concessions. One such practice would be telling an accused who is likely to receive a light sentence, if convicted, that he or she is likely to receive a very severe one. Another would be making "unfulfillable promises ..."[263] (such as a promise that the accused will receive parole after serving a much smaller portion of his or her prison sentence than the law allows). Paragraph (g), which complements Recommendation 9, refers to inducements that are specifically calculated to vitiate the genuineness of guilty pleas.

This recommendation is not intended to be exhaustive on the question of what may constitute an improper inducement. Its purpose is to help ensure the genuineness and factual accuracy of guilty pleas, particularly those entered as a result of plea discussions.

II. Conduct of Plea Discussions, etc.

A. Recommendations to be Implemented in Legislation

RECOMMENDATION

4. (1) The prosecutor and the accused, or counsel for the accused on his or her behalf, should be permitted to have plea discussions.[264]

---

260. See Criminal Law and Penal Methods Reform Committee of South Australia, *Third Report: Court Procedure and Evidence* (Adelaide: Criminal Law and Penal Methods Reform Committee of South Australia, 1975) at 119.

261. *Brady* v. *United States*, *supra*, note 122, at 755, quoting from *Shelton* v. *United States*, *supra*, note 122, at 572, n. 2.

262. *Ibid.*

263. *Ibid.*

264. Part (1) is modelled loosely after Rule 11(e)(1) of the United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, s. 350.3(1) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (*supra*, note 7, at 244) and standard 14-3.1(a) of the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7.

(2) No judicial officer before whom proceedings in respect of the accused are or will be held should take part in plea discussions.[265]

(3) Notwithstanding part (2), it should be permissible for the Chief Justice, or a judge whom he or she has designated, to initiate and preside over plea discussions between the prosecutor and the defence, provided it is emphasized that the accused will not be appearing before that judge and is not obliged to conclude any plea agreement.

[(4) A judge may, in general terms, inform the prosecution and defence as to the potential benefit of plea discussions, and may provide them with an opportunity to have such discussions.[266]**]**

Commentary

This recommendation acknowledges the general acceptability of plea discussion between accused persons (or their counsel) and prosecutors.[267] Part (1) affirms the basic proposition that there is nothing inherently wrong with the practice of plea discussion by such persons when it is conducted properly. Part (2) makes it clear, however, that participation in the process of negotiation (*e.g.*, by offering to impose a particular sentence in exchange for a guilty plea, or by mediating plea discussions between the defence and the prosecutor) should not be permitted in the case of a "judicial officer before whom proceedings in respect of the accused are or will be held ...." We have used the term "judicial officer" in this part to refer to a judge or justice.[268]

Part (3) recognizes that the dangers of judicial participation are considerably lessened when the judge involved is not one "before whom proceedings in respect of the accused are or will be held ...." Provided that the accused's freedom of choice is preserved and that he or she is not made to feel "pressured" in any way, we believe the experience and objectivity of a senior trial judge can be useful in keeping plea discussions on a realistic plane, and in bringing about plea agreements that are potentially acceptable. As the recommendation indicates, we consider the most appropriate judge for this purpose to be the Chief Justice or a judge whom he or she has specifically designated. We remain flexible as regards the forum in which judicial initiation or mediation of plea discussions ought to take place; our recommendation

---

265. Part (2) is modelled loosely after Rule 11(e)(1) of the United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, s. 350.3(1) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (*supra*, note 7, at 244) and Recommendation 13.10 of the Canadian Sentencing Commission's report (*supra*, note 29, at 425). The wording is also adapted, in part, from s. 625.1(1) of the *Criminal Code*. See New South Wales Law Reform Commission, *supra*, note 12, tentative proposal 4 at 494.

266. Compare standard 14-3.3(e) of the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7.

267. For a summary of the American position in this regard, see Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 231-32.

268. See our similar definition of the term in *Disclosure by the Prosecution*, *supra*, note 14, at 18.

does not, for example, confine such activity to pre-trial conferences (although it appears to us that such conferences might be conducive to this sort of activity in many cases).

Part (4), which appears in square brackets, represents a minority view. It would permit a judge, at any stage of the proceedings, to facilitate the fair and efficient resolution of criminal cases by encouraging plea discussions, but without becoming involved in them. The majority has refrained from endorsing this part of the recommendation (which could be invoked by the trial judge even after plea discussions initiated and mediated under part (3) have failed) owing to its concern about the interpretation (even if erroneous) that the accused and the public might otherwise place upon some judicial efforts to encourage plea discussions, and its desire to ensure that our scheme is fully consistent with the presumption of innocence. As Kent D.C.J. remarked (in another context) in the case of *R.* v. *Gagnon*,[269] "a chief concern raised in the cases is that a judge should not place himself in a position where he has even indirectly encouraged a plea of guilty."[270] Moreover, "the court must remain mindful of the need to preserve both the fact and the appearance that both the prosecution and the defence start on an equal footing."[271] These points were brought home with particular force in the non-jury case of *R.* v. *Roy*.[272] There it appeared that the Trial Judge, during the prosecution's case, had (as the Ontario Court of Appeal put it) "initiated discussions respecting a possible plea of guilty to a lesser offence by the accused."[273] In allowing the accused's appeal from his conviction (the accused had maintained his innocence), the Ontario Court of Appeal expressed the opinion that a trial judge who sits alone "cannot initiate such a discussion after entering upon the trial and hearing evidence and still preserve the appearance of impartiality and being of an open mind, which qualities are so essential to a fair trial and the meaning of the presumption of innocence."[274] Elaborating, it explained: "The fact that he initiates such a discussion and sends counsel to the accused with talk of pleas of guilty and terms of sentence could reasonably result in apprehension by the accused that the Judge presiding at his trial had reached some conclusions about the case."[275] Noting that "[i]t does not hurt to repeat again that justice must appear to be done,"[276] the Court

---

269. (1985), 48 C.R. (3d) 93 (Ont. Dist. Ct.).

270. *Ibid.*, at 95. Here Kent D.C.J. was referring to cases "which all deal with judicial expressions of opinion as to sentence made before plea." He noted (also at 95) that "none of those cases deals specifically with the situation before me ...."

271. *Supra*, note 269, *per* Kent D.C.J. at 96.

272. (1976), 32 C.C.C. (2d) 97 (Ont. C.A.).

273. *Ibid.*, *per* Brooke J.A. at 97-98.

274. *Ibid.*, at 99.

275. *Ibid.*

276. *Ibid.*

concluded that "[t]his is not limited simply to what is seen from the floor of the court-room or by the public ...,"[277] and that "[i]t is also vital that justice must appear to be done, to the accused man in particular."[278]

The minority does not disagree with the essential principles on which the *Roy* decision (made in the absence of legislative guidance) was based. It takes issue, however, with the majority's view as to how those principles must be expressed. Part (4) is premised on the minority's conviction that judicial encouragement of plea discussions need not amount to the application of pressure on accused persons to plead guilty, and need not diminish either the actuality or the appearance of fairness. In the minority's opinion, a great deal turns on the manner in which the encouragement is offered. Informing the parties generally as to the potential benefit of plea discussions, and giving them an opportunity to have such discussions, is neither coercive nor destructive of the presumption of innocence.

Part (4) recognizes that plea agreements (as we have defined them) are two-sided in nature. Because plea discussions may result in the reduction or withdrawal of charges against the accused, the minority would point out that encouraging the prosecutor to engage in plea discussions may be beneficial to accused persons whose willingness to plead guilty to certain charges has never been in doubt.[279]

RECOMMENDATION

5. A prosecutor, police officer or defence counsel should not offer any improper inducement to an accused.[280]

Commentary

This recommendation is self-explanatory. Its purpose (when combined with Recommendations 3, 19(a) and 20(a)) is to help ensure the genuineness and factual accuracy of guilty pleas — particularly those produced by plea discussions.

---

277. *Ibid.*

278. *Ibid.*

279. A case in point is the English decision in *R.* v. *Winterflood*, *supra*, note 31. There the accused, who was charged *inter alia* with robbery, "was always ready to admit that he had dishonestly handled certain parts of the jewellery obtained in the robbery ..." (*per* Roskill L.J. at 292). During the trial, the Trial Judge ascertained from the accused through counsel that he would plead guilty to "dishonest handling." (The Court said, *per* Roskill L.J. at 292: "When the trial had been proceeding for some four days apparently the learned judge sent for counsel and inquired in his room whether if a count of dishonest handling were added to the indictment the appellant would plead guilty. Counsel appearing for the appellant took instructions and came back with an affirmative answer.") He then asked the prosecutor if he would apply to have that count added to the indictment. Upon the prosecutor's agreeing, "[t]he judge gave leave for that count to be added whereupon the new count was put to the appellant and he pleaded guilty to that count, the trial on the robbery count and the other counts not being proceeded with" (*per* Roskill L.J. at 292). Although the Court of Appeal (*per* Roskill L.J. at 293) later expressed the view that "there was no reason why this should not all have been done in open court ..." (albeit in the jury's absence), it did so "[w]ithout in any way presuming to criticise what happened here ..." and did not otherwise comment on the judge's actions.

280. That part of this recommendation relating to improper inducements by the prosecutor is derived from s. 350.3(3) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, at 244.

RECOMMENDATION

6. No judicial officer before whom proceedings in respect of the accused are or will be held should offer any inducement for the purpose of encouraging an accused to plead guilty to any offence.[281]

Commentary

The purpose of this recommendation, like that of Recommendation 5 above, is to help ensure the genuineness and factual accuracy of guilty pleas. In this recommendation, we do not refer to "improper" inducements since, in our view, all inducements made by the court (once again, the term "judicial officer" is used to refer to a judge or justice[282]) for the purpose of encouraging the accused to plead guilty would be improper. It is not suggested, however, that the conduct contemplated by part (4) of Recommendation 4 above would constitute the offering of an "inducement for the purpose of encouraging an accused to plead guilty to any offence."

B. Recommendations to be Implemented in Guidelines

RECOMMENDATION

7. (1) A prosecutor should not, when the accused has retained counsel, have plea discussions directly with the accused in the absence of the accused's counsel.[283]

(2) A prosecutor with whom an unrepresented accused wishes to have plea discussions should inform the accused that

(a) representation by counsel may be advantageous to the accused; and

(b) if the accused cannot afford to retain counsel, he or she should ascertain from the provincial legal aid plan whether he or she is eligible for assistance,

and should not thereafter have plea discussions directly with the accused unless the accused has informed the prosecutor unequivocally that he or she will not be retaining counsel.

---

281. Compare standard 14-3.3(f) of the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7.

282. See note 268, *supra*, and accompanying text.

283. This recommendation is loosely based upon standard 14-3.1(a) of the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7, which requires that plea discussions be between counsel unless there has been a waiver of counsel by the defendant. See also Rule 11(e)(1) of the United States *Federal Rules of Criminal Procedure*. See s. 350.3(1) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (*supra*, note 7, at 244), which does not mention waiver.

Commentary

This recommendation recognizes the importance of proper representation in the plea discussion process, and the clear vulnerability of accused persons who attempt to negotiate with prosecutors on their own.[284] Counsel's superior ability to evaluate the strength of evidence, the appropriateness of charges, the likely sentence that might result upon conviction, and so on,[285] can provide valuable protection for the accused, and help to make plea discussions meaningful.

RECOMMENDATION

8. (1) Prosecutors should afford accused persons in similar circumstances the same opportunities for engaging[286] in plea discussions.

(2) A prosecutor should endeavour to ensure, in the course of plea discussions, that accused persons in similar circumstances receive equal treatment.[287]

Commentary

This recommendation is based on the most basic of principles: that of fairness.[288] It is aimed at enhancing equality in the area of plea discussions. We have no illusions as to the practical difficulties inherent in its implementation and enforcement; for this reason, we consider it more suited for embodiment in guidelines than in legislation.

The recommendation would require not only that prosecutors endeavour to treat accused persons with whom they deal in a manner consistent with the way they have treated other accused persons in similar circumstances, but that prosecutors achieve consistency amongst themselves. While those prosecutors who do not currently engage in plea discussions might object to guidelines that require them to begin doing so in appropriate cases, we do not see how equality of treatment could ever be achieved in this or any area of the law if absolute deference were to be given to individual policies and personal preferences.

---

284. See Grosman, *supra*, note 68, at 43.

285. For discussion of the functions and value of defence counsel in plea discussions, see the Commentary to s. 350.3 of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, at 612-13. But see A.W. Alschuler, "The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining" (1974-75), 84 *Yale L.J.* 1179.

286. Normally, as indicated by Recommendation 7 above, the accused would be engaging in plea discussions through counsel.

287. This recommendation is modelled after s. 350.3(2) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (*supra*, note 7, at 244) and standard 14-3.1(c) of the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7.

288. For discussion of this principle, see Bayles, *supra*, note 38, at 54-55; LRCC, *supra*, note 35, at 24.

While this recommendation is designed to govern the conduct of prosecutors, we realize that its implementation could conceivably have more far-reaching effect. Relying on section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,[289] for example, an accused might argue that Recommendations 4(3) and 8(1), when combined, entitle him or her to equal opportunity for engaging in *judicially mediated* plea discussions. Although (as the permissive wording of Recommendation 4(3) suggests) we do not regard judicial mediation as an essential protection for accused persons, we are prepared (as we must be in all matters involving the extent of those rights guaranteed by the *Charter*) to leave the last word on the subject of equality to the courts.

RECOMMENDATION

9. Counsel for an accused person should not conclude on the accused's behalf any plea agreement that requires the accused to plead guilty to an offence of which the accused maintains he or she is innocent.[290]

Commentary

This recommendation, which complements Recommendation 3(1)(g), is designed to help guard against any potential that the plea negotiation process may have for interfering with professional duties owed by counsel to their clients, and to help ensure the factual accuracy of guilty pleas arising out of plea agreements. Notwithstanding the perceived benefits of a guilty plea in a particular situation, counsel should "emphasise that the accused must not plead guilty unless he has committed the acts constituting the offence charged,"[291] and should make clear the necessity for the accused's having had the requisite mental state.[292] While there may be accused persons who are willing to agree to plead guilty despite continued assurances that they are innocent (just as there may be accused persons who are willing to give evidence that contradicts what they have described to counsel as the truth), we do not believe that assisting such persons in concluding a plea agreement in these circumstances is part of counsel's function or is in any way helpful to the interests served by the judicial process.

---

289. *Supra*, note 11. Section 15(1) provides that "[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."

290. This recommendation is derived from a similar provision in the Canadian Bar Association (CBA) *Code of Professional Conduct*. See Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (Ottawa: Canadian Bar Association, 1988), Chapter IX, commentary 12, at 38.

291. *R.* v. *Turner*, *supra*, note 31, *per* Parker L.C.J. at 285.

292. See Martin, *supra*, note 123, at 387, n. 16 where *Turner* is quoted and elaborated upon.

RECOMMENDATION

10. A prosecutor should not suggest, conclude or participate in any plea agreement that

(a) requires the accused to plead guilty to an offence that is not disclosed by the evidence;[293]

(b) requires the accused to plead guilty to charges that inadequately reflect the gravity of the accused's provable conduct,[294] unless, in exceptional circumstances, they are justifiable in terms of the benefits that will accrue to the administration of justice, the protection of society, or the protection of the accused;[295]

(c) requires the prosecutor to withhold or distort evidence;[296] or

(d) contemplates a disposition that departs significantly from that which, in the absence of a plea agreement, would have resulted upon the accused's pleading guilty to the same offence,[297] unless, in exceptional circumstances, it is justifiable in terms of the benefits that will accrue to the administration of justice, the protection of society, or the protection of the accused.[298]

---

293. This part of the recommendation is adapted from prosecutorial guidelines issued to Ontario Crown Attorneys (see the memorandum from former Ontario Attorney General Dalton Bales, quoted by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 239-40), and from recommendation 20(d) contained in the Ontario Law Reform Commission's *Report on Administration of Ontario Courts*, Part II (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1973) at 127.

294. This part of the recommendation is based upon a similar requirement, governing judicial (rather than prosecutorial) acceptance of plea agreements, contained in the sentencing guidelines recently submitted to the U.S. Congress by the United States Sentencing Commission: see United States Sentencing Commission, *Sentencing Guidelines and Policy Statements* (Washington: U.S. Government Printing Office, 1987) s. 6B1.2.(a). Compare ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.5(2)(c).

295. Compare the memorandum from former Ontario Attorney General Dalton Bales, quoted by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 239-40.

296. This part of the recommendation is loosely based upon the plea negotiation guidelines (recommendation 20(h)) contained in the Ontario Law Reform Commission's *Report on Administration of Courts* (*supra*, note 293, Part II at 128), and upon a similar requirement contained in the United States Sentencing Commission's recent sentencing guidelines, *supra*, note 294, s. 6B1.4.(a)(2).

297. See the United States Sentencing Commission's guidelines, *supra*, note 294, s. 6B1.2.(b) and (c) and 18 U.S.C.S. 3553(b). For views as to the circumstances in which effect may be given to plea agreements that permit departures from the normal sentencing guidelines, see A.W. Alschuler, "Background Note on Plea Bargaining for Seminar on Reform of the Law of Sentencing, Conference on Reform of the Criminal Law, July 28, 1987" (unpublished), at 5-6; *Dissenting View of Commissioner Paul H. Robinson on the Promulgation of Sentencing Guidelines by the United States Sentencing Commission* (Washington: U.S. Government Printing Office, 1987), at 20.

298. Compare the memorandum from former Ontario Attorney General Dalton Bales, quoted by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 239-40.

Commentary

One of the purposes of this recommendation is to help ensure, in general, that negotiated guilty pleas are reasonably accurate from a factual standpoint and, in particular, to discourage the practice[299] of reducing charges in an illogical and/or improper fashion.

Paragraph (a) is aimed at discouraging artificial arrangements in which the accused agrees to plead guilty to a less serious offence that the prosecutor knows the accused did not actually commit. Paragraph (b), while acknowledging that the reduction of charges may have a number of legitimate justifications (*e.g.*: sparing a victim from the trauma of testifying; alleviating a burden that threatens to undermine the accused's rehabilitation; minimizing the danger that imprisonment might pose to certain offenders[300]), is designed to curb *unduly lenient* charge reductions. Although we appreciate that the standard we are suggesting lacks absolute precision,[301] we believe that a certain amount of flexibility is called for here; the prosecutorial process (as the practice of plea discussion recognizes) is not, after all, an exact science. At the same time, however (as we have previously stated), we believe in prosecutorial accountability. It is for this reason that paragraph (c) proscribes the withholding or "tailoring" of evidence in order to support (and render immune from scrutiny) reduced charges.

Paragraph (d) is premised on the principles of fairness and efficiency. In discouraging significant departures from general sentencing rules in cases of plea discussion, it promotes fairness by enhancing equality. At the same time, it upholds the principle of efficiency by restricting the potential that plea agreements may have for interfering with sentence accuracy. The wording of our recommendation nevertheless allows, once again, for the fact that the sentencing process is not, by nature, an exercise in absolute mechanical precision, and that agreements contemplating even significant departures from normal sentencing rules may be justifiable in exceptional circumstances (see the commentary to paragraph (b), above). In generally proscribing agreements that involve significant departures from dispositions that would otherwise have followed *guilty pleas*, moreover, it takes into account the effect that guilty pleas might ordinarily have on sentence severity if they indicate remorse, save public expense, or spare victims from the ordeal of becoming witnesses.[302]

---

299. See Newman, *supra*, note 127, at 100-02.

300. Although many would view "the protection of society ..." as including "the protection of the accused ...," we have listed these justifications separately for the sake of clarity.

301. See Alschuler, *supra*, note 297, at 6-7.

302. See *supra*, notes 148-50 and accompanying text.

RECOMMENDATION

11. (1) A prosecutor should, unless the circumstances make it impracticable to do so, solicit and weigh carefully the views of any victims before concluding a plea agreement.

(2) A prosecutor who concludes a plea agreement should endeavour to ensure that victims are told the substance of, and reasons for, that agreement, unless compelling reasons, such as a likelihood of serious harm to the accused or to another person, require otherwise.

Commentary

Part (1) of this recommendation, designed as a general rule,[303] indicates our concurrence with the basic philosophy that informed similar (but not identical) proposals made by the Canadian Sentencing Commission.[304] Although we are not, in this document, attempting to catalogue the precise criteria upon which prosecutorial decisions relating to plea discussions should be made, we believe that the views of the victim constitute an important factor for consideration and should be mentioned in any guidelines that are designed to govern such decisions. In our opinion, obtaining the position of victims is important not only to ensure that their particular interests are protected,[305] but to maintain the confidence of the general public in our system of criminal justice. As the Canadian Sentencing Commission has pointed out, there is evidence that victims tend to feel shut out from that system. We have been informed of recent research, moreover, indicating that this is a particular concern in the area of plea discussions.[306] In order, therefore, to advance what we regard as a fundamental principle — that of significant participation[307] in the criminal process — we have made the modest recommendation contained in part (1) above.

---

303. The prosecutor would not have to fulfill the duty stated in this recommendation where "the circumstances make it impracticable to do so ...." Compliance would obviously not be necessary, for example, where the victim cannot be found or has died.

304. See Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, recommendations 13.1 and 13.2 at 417. See also 416, where it is noted that several American states have made provision for obtaining the position of victims in plea discussions.

305. See New South Wales Law Reform Commission, *supra*, note 12, at 489-90 and the authorities cited therein. This goal may be regarded as particularly important in light of the *Criminal Code*'s recently enacted provisions relating to restitution orders (new ss. 725 to 727.8 (projected)). See K.W. MacKay, "Plea Bargaining and New 'Victim's Legislation' in Canada," an unpublished paper presented at the conference on "Reform of Sentencing, Parole and Early Release" held by The Society for the Reform of the Criminal Law, Ottawa, August 1-4, 1988.

306. See the study referred to in note 26, *supra*, at 159, 193.

307. For statement and a brief discussion of this principle, see Bayles, *supra*, note 38, at 54. See also LRCC, *supra*, note 35, at 27.

Part (2) of Recommendation 11 reflects our agreement with the general philosophy underpinning similar (but, again, not identical) recommendations by the Canadian Federal-Provincial Task Force on Justice for Victims of Crime[308] and the Canadian Sentencing Commission.[309] Its purpose, once more (beyond that of according simple consideration to victims of crime), is to maintain public confidence in our justice system. As with that in part (1), however, the rule embodied in part (2) is not unqualified. In recognition of the fact (discussed above[310]) that public disclosure of a plea agreement's substance or basis (or of its very existence) may run contrary to certain overriding interests in some circumstances, we have created a limited exception to our general rule that is similar to that recommended by the Canadian Federal-Provincial Task Force on Justice for Victims of Crime.[311]

III. Judicial Supervision

The following recommendations are intended for implementation in legislation.

RECOMMENDATION

12. (1) A prosecutor and an accused who have concluded a plea agreement should, before the accused's plea is entered, disclose to the court

(a) the substance of, and reasons for, that agreement; and

(b) whether any previous plea agreement has been disclosed to another judge in connection with the same matter and, if so, the substance of that agreement.

(2) The disclosure and justification contemplated by part (1) of this recommendation should be made in open court unless compelling reasons, such as a likelihood of serious harm to the accused or to another person, require otherwise.[312]

---

308. Canadian Federal-Provincial Task Force on Justice for Victims of Crime, *Report* (Ottawa: Supply and Services, 1983) at 128, cited by the Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, at 416.

309. *Supra*, note 29, recommendation 13.1 at 417. See also 416, where it is noted that several American states require victims to be informed as to plea agreements. And see New South Wales Law Reform Commission, *supra*, note 12, at 490, 495.

310. See notes 63 to 67 and accompanying text.

311. *Supra*, note 308, at 128, referred to in Canadian Sentencing Commission, *supra*, note 29, at 416.

312. This recommendation, with the exception of para. (1)(b), is based on a combination of the general type of disclosure provision embodied in the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (*supra*, note 7, s. 350.5(1)), ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7 (standard 14-3.3(a)), United States *Federal Rules of Criminal Procedure* (Rule 11(e)(2)) and the former CBA *Code of Professional Conduct* (see Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (Ottawa: Canadian Bar Association, 1974), Chapter VIII, commentary 10, at 30-31), and the justification recommendation made by the Canadian Sentencing Commission (*supra*, note 29, recommendation 13.9, at 422-23). That part of the recommendation allowing for matters to be dealt with, in exceptional circumstances, in the absence of the public (or in the absence of the accused and the public) has its origins in Rule 11(e)(2) of the United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, and recommendation 13.9 of the Canadian

Commentary

This recommendation is designed, in part, to provide the judge with a basis for deciding whether the accused should receive the disposition a plea agreement contemplates, and to help ensure the general visibility of the plea discussion process. Visibility, as we have suggested in Chapter One, is necessary in order to maintain public confidence in the criminal justice system, and to ensure accountability for prosecutorial decisions. Requiring, as a rule, that plea agreements be disclosed and justified in open court should promote equality of treatment by prosecutors, and should discourage unfair negotiating practices, excessive charge reductions, and so on. At the same time, the exception to our general requirement for openness acknowledges that special circumstances, such as the need to protect the accused or another person from serious harm, may, on occasion, constitute an overriding consideration. We do not, however, see this exception as dispensing with the need for the disclosure and justification to be put on the record[313] (although it may be that sealing of the record would be appropriate in some circumstances).

Paragraph (1)(b) has a special purpose beyond that of providing a basis for judicial decision-making and ensuring visibility. It is designed to discourage what is commonly referred to as "judge shopping."[314] Given what is doubtless the widely-held judicial belief (expressed recently in the case of *R.* v. *Commisso*[315]) that "the parties should not be permitted to advance the same plea agreement before another trial judge ...,"[316] we think it is reasonable to expect that judges will require compelling reasons before accepting plea agreements similar to ones that have previously been rejected (see Recommendation 15).

Sentencing Commission's report; see also the memorandum from former Ontario Attorney General Dalton Bales, quoted by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 239-40.

313. See the memorandum from former Ontario Attorney General Dalton Bales, quoted by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 239-40.

314. This expression was used recently by Draper Prov. Ct. J. in *R.* v. *Rubenstein*, *supra*, note 70, as quoted by Zuber J.A. at 94.

315. *Supra*, note 16.

316. *Ibid.*, at 20 of the original judgment. In this case, the accused had sought leave to withdraw guilty pleas entered in the mistaken belief (honestly shared and fostered by the prosecutor) that they could automatically be withdrawn, as a matter of practice, if the court was not prepared to accept the joint submission to which the prosecution and defence had agreed. In the course of granting the accused leave to withdraw the guilty pleas, and directing that not guilty pleas be substituted therefor, His Honour said (at 20 of the original judgment): "Although I have directed that pleas of not guilty be substituted, there is nothing to prevent the defendant from later pleading guilty if so advised. Should this occur, the parties should not be permitted to advance the same plea agreement before another trial judge as this would offend the principle announced in *R.* v. *Rubenstein*."

RECOMMENDATION

13. Upon being informed that the prosecutor and the accused have concluded a plea agreement, the judge should be able, where he or she considers it necessary to do so, to ascertain by questioning whether the accused understands the substance and consequences of that plea agreement.

Commentary

This recommendation is similar, but not identical, to recommendation 13.3 in the Canadian Sentencing Commission's report.[317] Its purpose is to help ensure that any guilty plea entered by an accused person pursuant to a plea agreement represents an informed decision on his or her part. (Understanding "the substance and consequences ..." of the plea agreement would simply involve an appreciation of what is being agreed to.) Unlike the Sentencing Commission's recommendation, which urges sentencing judges to investigate accused persons' understanding of plea agreements and their ramifications, and which would empower sentencing judges to strike the sentences as well as the pleas of accused persons found to lack such understanding, this recommendation encourages judges to inquire before any guilty plea has been accepted or even entered (*i.e.*, at the time the plea agreement is disclosed). In so doing, it attempts to reduce the possibility (alluded to by the Sentencing Commission[318]) that accused persons who are unhappy with the sentences they receive following the entry of guilty pleas will claim falsely that they did not comprehend the plea agreements out of which such pleas arose.

RECOMMENDATION

14. No plea agreement or submission should be binding on a judge.[319]

Commentary

This recommendation is self-explanatory. For the time being, we have omitted any requirement that the trial judge inform unrepresented accused persons of the substance of this recommendation; however, we shall be returning to the subject of the unrepresented accused in our forthcoming Working Paper on *The Judge and Conduct of Trial*.

---

317. *Supra*, note 29, at 417.

318. *Ibid.*

319. Recommendation 13.11 of the Canadian Sentencing Commission's Report, *supra*, note 29, at 425 states that a provision similar to this should be explicitly set out in the *Criminal Code*.

RECOMMENDATION

15. In any case in which the judge, having been informed of the existence and substance of a plea agreement and of the reasons for that agreement, determines that an accused should not be judicially disposed of in the manner contemplated by the plea agreement, the judge should inform the accused of this fact.[320]

Commentary

This recommendation proceeds from the premise (explicit in Recommendation 14) that the judge cannot be bound by a plea agreement, and from the understanding (implicit in Recommendation 10(d)) that no effect should be given to "any plea agreement that ... contemplates a disposition that departs significantly from that which, in the absence of a plea agreement, would have resulted upon the accused's pleading guilty to the same offence, unless, in exceptional circumstances, it is justifiable in terms of the benefits that will accrue to the administration of justice, the protection of society, or the protection of the accused ...." The purpose of this recommendation, therefore (as with Recommendation 13), is to ensure that any guilty plea entered pursuant to a plea agreement represents an informed decision by the accused.[321]

In devising this recommendation, we rejected the alternative (embodied in section 350.5(4) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*) of requiring the court to explain why a plea agreement has not been accepted and to give the prosecution and defence the opportunity to present the court with a modified agreement. Such an alternative, it seems to us, would have the effect of making the judge a negotiating party.[322] Because Recommendation 15 would make the judge's decision to reject a plea

---

320. The recommendation was modelled, loosely, on Rule 11(e)(4) of the United States *Federal Rules of Criminal Procedure* and standard 14-3.3(g) of the ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7. See the cases referred to in note 31, *supra*.

321. Compare *R.* v. *Rubenstein*, *supra*, note 70. There, an Ontario Provincial Court Judge had refused to allow the accused to withdraw guilty pleas to several charges when it became clear that His Honour was going to reject a joint submission on sentence. On the accused's appeal from his conviction, it was contended that withdrawal ought to have been permitted "since an accused in the position of an appellant offers the plea in the expectation that the joint submission will be followed," and because "the joint submission was the *quid pro quo* for the pleas of guilty ...." (*per* Zuber J.A. at 94). One of the Court's reasons for rejecting this argument, it appears, related to a fear of encouraging what the Trial Judge (Draper Prov. Ct. J., as quoted by Zuber J.A. at 94) had referred to as "[j]udge shopping ...." It was the Court's view (*per* Zuber J.A. at 94) that "[a]s Judge Draper observed, an accused who could thus withdraw his plea could simply keep doing so until he found a trial judge who would accept a joint submission." See Recommendation 12(1)(b), *supra*.

322. See *Rubenstein*, *supra*, note 70 (and discussed in note 321, *supra*). In that case, one of the Court's reasons for rejecting the accused's argument that he should have been allowed to withdraw his guilty pleas once the judge's intention to reject a joint sentence submission became clear appears to have related to a fear of allowing the judicial function to be compromised. "To permit an accused to withdraw his plea when the sentence does not suit him," reasoned the Court (*per* Zuber J.A. at 94-95), "puts the court in the unseemly position of bargaining with the accused."

agreement final, and would not permit the parties to present a modified agreement to the judge, a judge who informed the parties of his or her decision in accordance with this recommendation would not thereby "take part in plea discussions" in contravention of Recommendation 4(2). Since the plea agreement would already have been reached and would not be subject to modification, in other words, informing the accused of a decision to reject that agreement would not constitute "a discussion *directed toward the conclusion of a plea agreement*"[323] (Recommendation 2's definition of "plea discussion"). Nor would it constitute an "inducement for the purpose of encouraging an accused to plead guilty to any offence" in contravention of Recommendation 6 above; if anything, it would be more likely to have the opposite effect.

RECOMMENDATION

16. Before any guilty plea is accepted from an accused, the judge should be able, where he or she considers it necessary to do so, to ascertain by questioning whether any inducement to plead guilty, other than an inducement disclosed as part of a plea agreement, has been offered to the accused.[324]

Commentary

The purpose of this recommendation is to help ensure the genuineness and factual accuracy of guilty pleas. In allowing judges to require disclosure of *all* inducements (not just those articulated in the context of a plea agreement), implementation of this recommendation would assist them in ascertaining whether improper inducements have been offered (see Recommendations 3, 5 and 19(a)) and whether any judicial officer has offered an inducement to the accused to plead guilty (see Recommendations 6 and 19(b)).

RECOMMENDATION

17. In any case in which the prosecutor and the accused have concluded a plea agreement, the judge should be able, before any guilty plea is accepted from the accused, to make such inquiry as he or she considers necessary in order to be satisfied that a factual basis for the accused's guilty plea exists.[325]

---

323. Emphasis added.

324. This recommendation is based loosely on s. 350.4(2) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, at 2-:8.

325. Compare United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11(f), and ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.4(3) at 248-49.

Commentary

This recommendation is designed to ensure, to a reasonable degree, the "accuracy" of any guilty plea entered in accordance with the terms of a plea agreement. The recommendation envisions two lines of inquiry. First, the judge should be able to ascertain whether the behaviour admitted by the accused constitutes the offence to which he or she is pleading guilty.[326] As Stevenson J.A. said in delivering the Alberta Court of Appeal's judgment in *R.* v. *Corkum*:[327] "As a bare minimum the facts must justify the plea which has been given."[328] Second, the judge should be able to satisfy him- or herself that the facts admitted by the accused are at least potentially true.[329] The recommendation is not designed to make the trial judge determine the accused's guilt beyond a reasonable doubt,[330] since a requirement of this nature (as the Court in *R.* v. *Milina*[331] noted) would defeat the purpose of a guilty plea. It may be, of course, that a more stringent standard could be devised in order to decrease the theoretical risk that persons who are convicted after pleading guilty are not guilty in fact.[332] After a point, however, the imposition of a stricter test may become tantamount to abolition of the guilty plea option — a step we consider unnecessary, provided the genuine and informed nature of guilty pleas is ensured.[333]

In allowing the judge to make "such inquiry as he or she considers necessary ...," the recommendation recognizes that the need for an inquiry into the factual basis of an accused's guilty plea may vary from one case to another. An inquiry is more likely to be necessary, for example, where the accused is not represented by counsel. (The

---

326. See *McCarthy* v. *United States*, 394 U.S. 459 (1969).

327. (1984), 64 A.R. 354 (C.A.).

328. *Ibid.* at 355. See also *R.* v. *Forde*, [1923] 2 K.B. 400 (C.C.A.); *R.* v. *Gordon* (1947), 3 C.R. 26 (B.C.C.A.); *R.* v. *Voorwinde* (1975), 29 C.C.C. (2d) 413 (B.C.C.A.) *R.* v. *Grainger* (1978), 42 C.C.C. (2d) 119 (Ont. C.A.). In *Adgey* v. *The Queen*, *supra*, note 110, at 444-45, Laskin J. (as he then was), dissenting (Spence J. concurring), said:

> "The duty of the Court respecting an inquiry as to the 'legality' (if I may make such a compendious reference) of the plea of guilty must, it seems to me, be complemented by a duty of the Crown to adduce facts which, taken to be true, support the charge and conviction in that aspect of the matter. It would, in my view, be unsatisfactory to leave to the discretion of the Crown whether or not to adduce facts supportive of the charge and conviction. The trial judge could undoubtedly call for them, but the issue at that stage ought not to involve him in anything more than being satisfied that what is alleged, taking it to be true, completes the elements of a conviction on a plea of guilty; and this would be so even where the facts could have no bearing on sentence because, in the particular case, it is mandatory."

329. See *R.* v. *Laurie* (1978), 42 C.C.C. (2d) 311 (N.B.S.C.A.D.), a case (not a plea negotiation case) in which it was discovered after the accused pleaded guilty to an offence under s. 4(3) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 (now R.S.C. 1985, c. N-1), and after he was sentenced therefor, that the substance involved was actually saccharin.

330. See the annotation to s. 350.4(3) of the ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, at 250.

331. *Supra*, note 133, at 381.

332. See McDonald, *supra*, note 248, at 210 where the standard issue is discussed.

333. See, in this regard, the measures proposed in our forthcoming Working Paper on *Pleas and Verdicts*.

duties of judges dealing with unrepresented accused persons will be dealt with more fully in our forthcoming Working Paper on *The Judge and Conduct of Trial*.) It would not be necessary, however, (and would be redundant) in cases where a preliminary inquiry has been held under Part XVIII (formerly Part XV) of the *Criminal Code* and the accused has been ordered to stand trial on the charge in question.[334] In such cases, the existence of a factual basis for the accused's guilty plea will have been determined.

RECOMMENDATION

18. In determining whether to accept an accused's plea of guilty to any offence other than the offence charged, the judge should consider the substance of, and reasons for, any plea agreement concluded between the accused and the prosecutor.

Commentary

This recommendation is designed to ensure judicial supervision of plea agreements that involve the accused's pleading "not guilty of the offence charged but guilty of any other offence arising out of the same transaction ...."[335] It is premised, therefore, on the continued existence of what is now section 606(4) (formerly section 534(4)) of the *Criminal Code*. (In due course, we shall be reviewing the question as to whether a provision of this sort should be included in our forthcoming procedural code. We have been informed that some judges prefer not to use section 606(4); instead, they require that the prosecutor stay the proceedings on the original charge and proceed on a new charge.)

The recommendation proceeds from the premise that while judges should not normally have the power to interfere with the prosecutorial function by rejecting guilty pleas to charges they consider to be inadequate, an exception should exist in those cases (see *Criminal Code* section 606(4)) where acceptance of a guilty plea to an offence other than the one charged imposes on the judge the potentially distasteful duty to "find the accused or defendant not guilty of the offence charged ...."[336] Although it is not necessary (or even desirable), therefore, to ensure that the judge "consider the substance of, and reasons for, any plea agreement concluded between the accused and

---

334. See ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.4(3) at 248-49. Section 548(1) of the *Criminal Code*, dealing with procedure at a preliminary inquiry, provides in part:

> "**548**. (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall
>
> *(a)* if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial, ..."

See *The United States of America* v. *Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067.

335. *Criminal Code*, s. 606(4).

336. *Ibid.* See *R.* v. *C.H.O.* (1987), 83 A.R. 33 (Alta. Youth Ct.) at 35-36, quoted *infra* (see notes 348-50 and accompanying text).

the prosecutor'' when deciding whether to accept an accused's plea of guilty to the offence charged, we believe it is important to do so in circumstances where the guilty plea relates to another offence.

Although the recommendation contemplates clarification of the trial judge's role under section 606(4) of the *Criminal Code* in plea agreement situations, it stops short of articulating an inflexible rule of the sort found in the English case of *R.* v. *Soanes*.[337] In *Soanes*, a case in which the accused had been charged with the murder of her newborn infant, England's Court of Criminal Appeal approved of the Trial Judge's refusal to accept a plea of guilty to infanticide notwithstanding the prosecutor's acquiescence to such a plea. In delivering the Court's judgment, Goddard L.C.J. expressed the opinion that ''where nothing appears on the depositions which can be said to reduce the crime from the more serious offence charged to some lesser offence for which, under statute, a verdict may be returned, the duty of counsel for the Crown would be to present the offence charged in the indictment, leaving it as a matter for the jury, if they see fit in the exercise of their undoubted prerogative, to find the lesser verdict.''[338] Referring to the case at hand, His Lordship continued: ''In this case we think that the learned judge was not only right, but, indeed, bound, to insist on the applicant being tried for murder. There was nothing disclosed on the depositions which would have justified a reduction of the charge from murder to infanticide ....''[339]

The use of section 606(4) and its forerunners as a means of supervising the exercise of prosecutorial discretion appears, in the past, to have been infrequent.[340] It has been suggested that the provision was never intended to confer such a broad power,[341] and that the judicial discretion regarding the acceptance of guilty pleas to other offences should be viewed in a narrower context.[342] On the other hand, section 606(4)'s potential for allowing the type of judicial control exercised in the *Soanes* case

---

337. [1948] 1 All E.R. 289 (C.C.A.). *Cf. R.* v. *Bedwellty Justices, ex p. Munday*, [1970] *Crim. L.R.* 601.

338. *Supra*, note 337, at 290.

339. *Ibid.* But see *R.* v. *Coward*, *supra*, note 31; *R.* v. *Jenkins* (1986), 83 Cr. App. R. 152 (C.A.) at 154. See the discussion by R. Pattenden, *The Judge, Discretion and the Criminal Trial* (Oxford: Clarendon, 1982) at 58-59 and the cases cited at 210, n. 128.

340. See, with reference to an earlier version of this provision, Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 569. See also Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 261, n. 64. Reported decisions in which s. 606(4) (formerly s. 534(4)) has been used for this purpose are scarce.

341. See H. Leonoff and D. Deutscher, ''The Plea and Related Matters'' in V.M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada: Studies* (Toronto: Butterworths, 1982) 229 at 239, with reference to an earlier version of this provision (in which *inter alia* the words ''in its discretion ...'' appeared after the words ''the court may ...''). See Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 569. As to the apparent origins of this provision, see *R.* v. *Dietrich*, [1968] 4 C.C.C. 361 (Ont. C.A.); *R.* v. *Hogarth* (1976), 31 C.C.C. (2d) 232 (Ont. C.A.); R. Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, 2nd ed. (Toronto: Canada Law Book, 1972) at 131, n. 12; Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 569, n. 249 (citing Salhany); Leonoff and Deutscher, *supra*, at 237; Ontario Law Reform Commission, *supra*, note 293, Part II, at 122.

342. See Leonoff and Deutscher, *supra*, note 341, at 239-40. See Klein, *supra*, note 28, at 294-97 regarding judicial control over prosecutorial discretion.

(or something like it) has some support.[343] In *Gagné* v. *The Queen*,[344] for example, a case in which an earlier version of section 606(4) (in which *inter alia* the words "in its discretion ..."[345] appeared after the words "the court may ...") was under consideration, the Quebec Court of Appeal expressed the opinion that [TRANSLATION] "[i]n the absence of statutory standards, the applicable rule is that any discretion vested in the Court should be exercised judicially, having regard to all relevant factors, including the facts of the case,"[346] and that "[w]ere the Court to accept a plea of guilty to a different offence where all the essential elements of the crime originally charged have been proven, it would not be exercising its discretion judicially ...."[347] More recently, in *R.* v. *C.H.O.*, Fitch Prov. Ct. J. of the Alberta Provincial Court (Youth Division) expressed the view that the court's function under what is now section 606(4), as it is currently worded, is to "be satisfied not only that the facts support the lesser charge to which the plea of guilty has been tendered, but the facts do not support a finding of guilt for the greater offence charged ...."[348] His Honour reasoned that "[i]f Parliament had intended that on a s. 534(4) [now s. 606(4)] application the Court simply be satisfied that the facts support the lesser charge to which the plea of guilty is tendered, then the section could have been worded to provide that if the Court finds the facts support the lesser charge, the accused is then deemed to be not guilty of the greater charge."[349] Continuing, he added: "That wording would not place the Court in the invidious position of saying, 'I find you not guilty of a charge on which the facts before the Court speak otherwise', a position that cannot be avoided if the Court is only concerned with the lesser charge but the facts in a particular case support the greater charge."[350]

---

343. As regards an earlier version of this provision (in which *inter alia* the words "in its discretion ..." appeared after the words "the court may ..."), see Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 241, n. 64; Perras, *supra*, note 17, at 151-52; J.O. Wilson, *A Book for Judges* (Ottawa: Canadian Judicial Council/Supply and Services, 1980) at 68.

344. [1977] C.A. 146 (Que.), discussed by Leonoff and Deutscher, *supra*, note 341, at 238-40.

345. In the more recent case of *R.* v. *C.H.O.*, *supra*, note 336, the Court described the deletion of these words from the current provision (at 35) as "simply the correction of the tautology 'may in its discretion'."

346. *Supra*, note 344, at 148.

347. *Ibid.*

348. *Supra*, note 336, at 35.

349. *Ibid.*

350. *Ibid.* His Honour elaborated (at 35-36) as follows:

> "Accordingly, I am satisfied that the duty of the court is not the same in a s. 534(4) [now s. 606(4)] application as it is if the plea of guilty is to the offence charged.
>
> To put it another way, if in this case the only charge before the court had been Level 2 Assault, and a plea of guilty had been tendered to that charge, then the facts certainly would have supported the charge, and if it appeared that the prosecution was what is sometimes called 'under-charging', that would be irrelevant. The court cannot find someone guilty of a greater offence than the one before the court. It is the administrative discretion of the Attorney General as the chief law officer of the Crown to decide what charge should be preferred, but when the court is exercising its discretion under s. 534(4) [now s. 606(4)], in my view it has a different duty than it has under YOA 19(1)."

In its 1987 report on *Sentencing Reform*, the Canadian Sentencing Commission quite clearly considered what is now section 606(4) to be a means for ensuring accountability in the area of plea discussions.[351]

RECOMMENDATION

19. The judge should reject an accused's guilty plea if *inter alia* he or she has reasonable grounds to believe

(a) that the plea was entered as a result of an improper inducement;

(b) that the plea was entered as a result of a judicial officer's having offered an inducement for the accused to plead guilty;

(c) where the accused, pursuant to what is currently section 606(4) of the *Criminal Code*, is pleading "not guilty of the offence charged but guilty of [another] offence arising out of the same transaction ...," that the offence to which the accused is pleading guilty inadequately reflects the gravity of the accused's provable conduct; or

(d) that no factual basis for the accused's guilty plea exists.[352]

Commentary

This recommendation (which is not intended to be exhaustive on the question of when the judge should reject an accused's guilty plea) is designed *inter alia* to give effect to Recommendations 5, 6 and 17. It would also give effect to Recommendation 10(a) (by virtue of paragraph (d)) and, in part, to Recommendation 10(b). It is envisioned that those portions of Recommendation 10 that would not be enforceable through the implementation of this recommendation would be enforceable through professional and/or administrative disciplinary measures.

Paragraphs (a), (b) and (d) are self-explanatory. Paragraph (c) is a rejection of the rule in the *Soanes* case (discussed above). Rather than focusing on the narrow question of whether there is anything "which can be said to reduce the crime from the more

---

351. *Supra*, note 29, at 410. See also J.J. Atrens, "Included Offences and Alternative Verdicts" in J.J. Atrens, P.T. Burns and J.P. Taylor, eds., *Criminal Procedure: Canadian Law and Practice* (Vancouver and Toronto: Butterworths, 1981), vol. 2, Chapter XI at XI—116-120, where the author, referring to an earlier version of s. 606(4) (in which *inter alia* the words "in its discretion ..." appeared after the words "the court may ..."), has suggested that provision permitted some supervision of plea negotiation by judges. The 1985 supplement to this chapter, which has set out (as s. 534(4)) s. 606(4) as it now appears in the current *Code*, has not altered the author's discussion of the provision's function in this regard. In its *Report on Administration of Ontario Courts* (*supra*, note 293, Part II at 122), the Ontario Law Reform Commission viewed a previous version of s. 606(4) (in which *inter alia* the words "in its discretion ..." appeared after the words "the court may ...") as conferring a power the exercise of which should involve consideration of submissions made by counsel.

352. See United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11(f).

serious offence charged to some lesser offence ...,"[353] it requires an assessment of whether "the offence to which the accused is pleading guilty *inadequately* reflects the gravity of the accused's provable conduct ...."[354] Recommendation 18 makes it clear that this determination of adequacy would involve consideration of the prosecutor's reasons for concluding a plea agreement with the accused. Under Recommendation 19(c), therefore, the judge could decide that a less serious offence to which a particular accused is pleading guilty adequately reflects the gravity of the accused's provable conduct if the "trade-off" is not unduly lenient and is justified in the circumstances (*e.g.*, by a need to spare an emotionally distraught victim from having to testify, etc.).

IV. Withdrawals and Appeals

The following recommendations are intended for implementation in legislation.

RECOMMENDATION

20. An accused who has entered a guilty plea should be entitled to withdraw that plea before sentence, or to appeal against a conviction based thereon,

(a) if it was entered as a result of an improper inducement;

(b) if it was entered as a result of the judge's having offered an inducement for the accused to plead guilty;

(c) if it was entered as a result of a significant misapprehension as to the substance or consequences of a plea agreement concluded between the accused and the prosecutor; or

(d) if the prosecutor has breached a plea agreement concluded with the accused.

Commentary

This recommendation is designed *inter alia* to give effect to Recommendations 5, 6 and 13. However, it is not intended as an exhaustive enumeration of the circumstances in which it ought to be permissible for an accused person to withdraw a guilty plea or to appeal against a conviction based thereon.

In formulating this recommendation, we considered whether the prosecution's alleged breach of an agreement as to sentence[355] should be grounds on which an accused whose guilty plea was based thereon may appeal against sentence (as opposed

353. *Soanes*, *supra*, note 337, *per* Goddard L.C.J. at 290.

354. Recommendation 19(c) (emphasis added).

355. *E.g.*, an agreement to recommend, or not to oppose, a particular sentence or form of sentence.

to conviction). This alternative is suggested by the case of *R.* v. *Brown*[356] (discussed above). There, it will be recalled, the Ontario Court of Appeal allowed the accused's appeal against sentence and substituted a concurrent term of imprisonment for one consecutive to the term the accused was already serving, after stating that the prosecutor *inter alia* had "agreed that [he] ... would make representations to the trial Judge that he was not asking that any sentence imposed in this case be consecutive ...,"[357] but "on the whole, seems to have urged the trial Judge ... to impose a consecutive term."[358] Although the decision in the *Brown* case was not specifically referred to by the Nova Scotia Supreme Court's Appeal Division in the later decision of *R.* v. *Morrison*,[359] similar reasoning appears to have motivated the accused in that case to argue on his appeal against sentence (as Pace J.A. put it) "that the bargain must be carried out and that this Court should impose a sentence consistent with the agreement."[360] The difficulty with a rule entitling the accused, in effect, to sue for "specific performance"[361] (by way of an appeal against sentence), however, is that it would place appellate courts in a position that (for good reason) is not imposed on trial judges.[362] For this reason, we prefer the position taken by the Court in *Morrison* that "Courts are not bound by plea bargaining agreements made by counsel,"[363] and that "[i]t may be that under certain circumstances a Court will not permit a party to repudiate an agreement once submitted before the trial Judge ..., but that does not mean that the Court is bound to carry out the agreement."[364]

RECOMMENDATION

21. Where an accused has pleaded guilty to an offence and, upon his or her conviction, has received a sentence that is permitted under the *Criminal Code* in the circumstances and that accords with, or is within the range anticipated by, a plea agreement, the prosecutor should not be permitted to appeal against the sentence received by the accused unless it is shown

(a) that the prosecutor, in the course of plea discussions, was wilfully misled by the accused in some material respect; or

(b) that the court, in passing sentence, was wilfully misled in some material respect.

---

356. *Supra*, note 70.

357. *Ibid.*, *per* Gale C.J.O. at 228.

358. *Ibid.*

359. *Supra*, note 70.

360. *Ibid.*, at 530.

361. This term is used in this context by Verdun-Jones and Cousineau, *supra*, note 16, at 244.

362. See the discussion in Chapter One, part II, *supra*, notes 69-73 and accompanying text.

363. *Supra*, note 70, *per* Pace J.A. at 530.

364. *Ibid.*

Commentary

This recommendation is derived from the judgment of Hugessen J. in *A.G. Canada* v. *Roy*.[365] As with Recommendation 20(d) above, the operative principle here is fairness. This recommendation is designed to hold the prosecution to agreements that it has entered into (in order to be fair to the accused), except in certain specified circumstances.

The introductory portion of the recommendation assumes that the sentence is permissible under current *Code* provisions. The exception in paragraph (a) (derived from *Roy*) would cover situations in which the prosecutor has been induced to conclude a particular plea agreement through some deceit on the part of the accused (concealment of a serious criminal record, for example). The exception in paragraph (b) would cover situations in which the court has been induced to accept a plea agreement through some deceit by the parties to the agreement. (It is conceivable, for example, that a prosecutor might join with the accused in deceiving the court as the result of bribery or threats.)

We realize that it may also be necessary to deal with situations in which deceit has influenced not merely the sentence imposed but the very acceptance, by the prosecutor or the court, of the accused's guilty plea to a particular offence. In such situations, appeal by the prosecutor against sentence might not be an adequate solution. Although we do not consider our present context to be the most appropriate one for exploring this particular problem in detail, we intend to return to it in the course of our forthcoming Working Papers on *Criminal Appeal Procedure* and *Extraordinary Remedies*.

We have not included the exception, suggested in *Roy*, that would apply "where it can be shown that the public interest in the orderly administration of justice is outweighed by the gravity of the crime and the gross insufficiency of the sentence."[366] The general rule, in our view, is that the Crown speaks with one voice and should be bound by the mistakes of its prosecutors. Although (as the exceptions in paragraphs (a) and (b) indicate) deception and the need to discourage obstructions of justice, respectively, may on occasion negate or transcend the need for fairness to the accused, we do not regard mere prosecutorial errors in the same light. The error of a prosecutor in asserting and taking a position should not be treated differently from any other mistake that he or she can make in the criminal process. Under the present law, no prosecutorial error is appealable by the prosecutor who made it even if, for instance through an erroneous decision not to introduce some evidence, it leads to the acquittal of an accused. We see no reason why an error in plea discussions should be an exception to that general rule.

---

365. *Supra*, note 186.

366. *Ibid*, at 93.

V. Prohibition against Subsequent Proceedings

The following recommendation is intended for implementation in legislation.

RECOMMENDATION

22. In any case in which the accused has pleaded guilty to an offence in accordance with a plea agreement concluded between the accused and the prosecutor, any proceedings taken subsequently against the accused in contravention of that agreement should be prohibited unless the prosecutor

(a) was, in the course of plea discussions, wilfully misled by the accused in some material respect, or

(b) was induced to conclude the plea agreement by conduct amounting to an obstruction of justice.

Commentary

This recommendation is designed to promote fairness to accused persons, and to preserve respect for the manner in which criminal justice is administered. It proceeds on the basis that prosecutorial breaches of plea agreements, of the type described, ought not generally to be countenanced.

Paragraphs (a) and (b) provide two exceptions to the general rule. Paragraph (a) has been explained in the commentary to Recommendation 21, above. Paragraph (b) would cover situations in which the prosecutor has been bribed or threatened, etc.

VI. Exclusion of Evidence

The following recommendation is intended for implementation in legislation.

RECOMMENDATION

23. Evidence of a guilty plea, later withdrawn, or of an offer to plead guilty to an offence, or of statements made in connection with any such plea or offer, should be inadmissible on the issue of guilt or credibility in any proceeding.

Commentary

This recommendation begins by restating, almost verbatim, the position we have taken in section 25 of our draft *Evidence Code*.[367] That portion of the recommendation providing for the exclusion of withdrawn guilty pleas and related statements (which is premised not merely on our notion of fairness but on basic logic) recognizes that the accused's right to withdraw a guilty plea in accordance with Recommendation 20 "would be illusory if it could be used against the accused at a subsequent trial."[368] The portion relating to the exclusion of guilty plea offers and related statements (which would cover plea discussions) is derived from analogous jurisprudence dealing with "without prejudice" offers of settlement.[369] It is designed to "promote[ ] the disposition of criminal cases without trial by permitting compromise negotiations before trial."[370]

---

367. See LRCC, *Evidence* (Report 1) (Ottawa: Information Canada, 1975) at 25. See also LRCC, *supra*, note 43, at 62. And see United States *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11(e)(6); ABA *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 7, standard 14-3.4; ALI *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 7, s. 350.7.

368. LRCC, *supra*, note 367, at 68. See *Thibodeau* v. *The Queen*, [1955] S.C.R. 646.

369. See generally J. Sopinka and S.N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: Butterworths, 1974) at 196-99. As regards the admissibility of unaccepted (or unacceptable) guilty pleas to lesser offences, see *R.* v. *Hazeltine* (1967), 51 Cr. App. R. 351 (C.A.); *R.* v. *Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1970), 1 C.C.C. (2d) 68n; *R.* v. *Pentiluk and MacDonald* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (Ont. C.A.), aff'd *sub nom. MacDonald* v. *The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 832; *R.* v. *Dobson* (1985), 19 C.C.C. (3d) 93 (Ont. C.A.).

370. LRCC, *supra*, note 367, at 68. See *R.* v. *Draskovic* (1971), 5 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.), where the Ontario Court of Appeal ruled admissible an accused's statement to a police officer that he would enter a plea of guilty to certain charges if another was dropped. Although it declined (*per* Arnup J.A. at 188) to offer an opinion "as to whether there exists in Ontario or Canada any privilege with respect to discussions between counsel for the accused and counsel for the Crown with respect to what charges will be proceeded with and what pleas will be made, commonly referred to as 'plea bargaining' ...," the Court stated that "[w]hat occurred was in no sense 'plea bargaining' but was simply a volunteered statement made by the accused to the detective, who had no authority to do anything other than report the making of the statement to someone else." For criticism of this characterization, see Ferguson and Roberts, *supra*, note 17, at 553, n. 199. Compare *R.* v. *Jones*, *supra*, note 169, at 186. On the subject of statements made by an accused or his or her counsel to the prosecutor, to the police or to the prosecutor in the presence of the police, see G. Ferguson, "Discovery in Criminal Cases" in Atrens, Burns and Taylor, *supra*, note 351, vol. 2, Chapter XIII at XIII—50, n. 205.

CHAPTER THREE

Summary of Recommendations

1. The term "plea agreement" should be defined as meaning any agreement by the accused to plead guilty in return for the prosecutor's agreeing to take or refrain from taking a particular course of action.

2. The term "plea discussion" should be defined as meaning a discussion directed toward the conclusion of a plea agreement.

3. (1) The term "improper inducement" should be defined as meaning any inducement that necessarily renders suspect the genuineness or factual accuracy of the accused's plea, and as including the following conduct when it is engaged in for the purpose of encouraging the accused to plead guilty:

(a) the laying of any charge not believed to be supported by provable facts;

(b) the laying of any charge that is not usually laid with respect to an act or omission of the type attributed to the accused;

(c) a threat to lay any charge of the type described in paragraphs (a) or (b) above;

(d) a threat that any not guilty plea entered by the accused will result, upon the accused's conviction, in the prosecutor's asking for a sentence more severe than the sentence that is usually imposed upon a similar accused person who has been convicted, following a not guilty plea, of the offence with which the accused is charged;

(e) any offer, threat or promise the fulfillment of which is not a function of the maker's office;

(f) any material misrepresentation; and

(g) any attempt to persuade the accused to plead guilty notwithstanding his or her continued denial of guilt.

(2) The term "improper inducement" should be defined so as to make it clear that encouraging the accused to enter into a plea agreement, as defined in Recommendation 1, is not in itself an improper inducement.

4. (1) The prosecutor and the accused, or counsel for the accused on his or her behalf, should be permitted to have plea discussions.

(2) No judicial officer before whom proceedings in respect of the accused are or will be held should take part in plea discussions.

(3) Notwithstanding part (2), it should be permissible for the Chief Justice, or a judge whom he or she has designated, to initiate and preside over plea discussions between the prosecutor and the defence, provided it is emphasized that the accused will not be appearing before that judge and is not obliged to conclude any plea agreement.

[(4) A judge may, in general terms, inform the prosecution and defence as to the potential benefit of plea discussions, and may provide them with an opportunity to have such discussions.]

5. A prosecutor, police officer or defence counsel should not offer any improper inducement to an accused.

6. No judicial officer before whom proceedings in respect of the accused are or will be held should offer any inducement for the purpose of encouraging an accused to plead guilty to any offence.

7. (1) A prosecutor should not, when the accused has retained counsel, have plea discussions directly with the accused in the absence of the accused's counsel.

(2) A prosecutor with whom an unrepresented accused wishes to have plea discussions should inform the accused that

(a) representation by counsel may be advantageous to the accused; and

(b) if the accused cannot afford to retain counsel, he or she should ascertain from the provincial legal aid plan whether he or she is eligible for assistance,

and should not thereafter have plea discussions directly with the accused unless the accused has informed the prosecutor unequivocally that he or she will not be retaining counsel.

8. (1) Prosecutors should afford accused persons in similar circumstances the same opportunities for engaging in plea discussions.

(2) A prosecutor should endeavour to ensure, in the course of plea discussions, that accused persons in similar circumstances receive equal treatment.

9. Counsel for an accused person should not conclude on the accused's behalf any plea agreement that requires the accused to plead guilty to an offence of which the accused maintains he or she is innocent.

10. A prosecutor should not suggest, conclude or participate in any plea agreement that

(a) requires the accused to plead guilty to an offence that is not disclosed by the evidence;

(b) requires the accused to plead guilty to charges that inadequately reflect the gravity of the accused's provable conduct, unless, in exceptional

circumstances, they are justifiable in terms of the benefits that will accrue to the administration of justice, the protection of society, or the protection of the accused;

(c) requires the prosecutor to withhold or distort evidence; or

(d) contemplates a disposition that departs significantly from that which, in the absence of a plea agreement, would have resulted upon the accused's pleading guilty to the same offence, unless, in exceptional circumstances, it is justifiable in terms of the benefits that will accrue to the administration of justice, the protection of society, or the protection of the accused.

11. (1) A prosecutor should, unless the circumstances make it impracticable to do so, solicit and weigh carefully the views of any victims before concluding a plea agreement.

(2) A prosecutor who concludes a plea agreement should endeavour to ensure that victims are told the substance of, and reasons for, that agreement, unless compelling reasons, such as a likelihood of serious harm to the accused or to another person, require otherwise.

12. (1) A prosecutor and an accused who have concluded a plea agreement should, before the accused's plea is entered, disclose to the court

(a) the substance of, and reasons for, that agreement; and

(b) whether any previous plea agreement has been disclosed to another judge in connection with the same matter and, if so, the substance of that agreement.

(2) The disclosure and justification contemplated by part (1) of this recommendation should be made in open court unless compelling reasons, such as a likelihood of serious harm to the accused or to another person, require otherwise.

13. Upon being informed that the prosecutor and the accused have concluded a plea agreement, the judge should be able, where he or she considers it necessary to do so, to ascertain by questioning whether the accused understands the substance and consequences of that plea agreement.

14. No plea agreement or submission should be binding on a judge.

15. In any case in which the judge, having been informed of the existence and substance of a plea agreement and of the reasons for that agreement, determines that an accused should not be judicially disposed of in the manner contemplated by the plea agreement, the judge should inform the accused of this fact.

16. Before any guilty plea is accepted from an accused, the judge should be able, where he or she considers it necessary to do so, to ascertain by questioning

whether any inducement to plead guilty, other than an inducement disclosed as part of a plea agreement, has been offered to the accused.

17. In any case in which the prosecutor and the accused have concluded a plea agreement, the judge should be able, before any guilty plea is accepted from the accused, to make such inquiry as he or she considers necessary in order to be satisfied that a factual basis for the accused's guilty plea exists.

18. In determining whether to accept an accused's plea of guilty to any offence other than the offence charged, the judge should consider the substance of, and reasons for, any plea agreement concluded between the accused and the prosecutor.

19. The judge should reject an accused's guilty plea if *inter alia* he or she has reasonable grounds to believe

(a) that the plea was entered as a result of an improper inducement;

(b) that the plea was entered as a result of a judicial officer's having offered an inducement for the accused to plead guilty;

(c) where the accused, pursuant to what is currently section 606(4) of the *Criminal Code*, is pleading "not guilty of the offence charged but guilty of [another] offence arising out of the same transaction ...," that the offence to which the accused is pleading guilty inadequately reflects the gravity of the accused's provable conduct; or

(d) that no factual basis for the accused's guilty plea exists.

20. An accused who has entered a guilty plea should be entitled to withdraw that plea before sentence, or to appeal against a conviction based thereon,

(a) if it was entered as a result of an improper inducement;

(b) if it was entered as a result of the judge's having offered an inducement for the accused to plead guilty;

(c) if it was entered as a result of a significant misapprehension as to the substance or consequences of a plea agreement concluded between the accused and the prosecutor; or

(d) if the prosecutor has breached a plea agreement concluded with the accused.

21. Where an accused has pleaded guilty to an offence and, upon his or her conviction, has received a sentence that is permitted under the *Criminal Code* in the circumstances and that accords with, or is within the range anticipated by, a plea agreement, the prosecutor should not be permitted to appeal against the sentence received by the accused unless it is shown

(a) that the prosecutor, in the course of plea discussions, was wilfully misled by the accused in some material respect; or

(b) that the court, in passing sentence, was wilfully misled in some material respect.

22. In any case in which the accused has pleaded guilty to an offence in accordance with a plea agreement concluded between the accused and the prosecutor, any proceedings taken subsequently against the accused in contravention of that agreement should be prohibited unless the prosecutor

(a) was, in the course of plea discussions, wilfully misled by the accused in some material respect, or

(b) was induced to conclude the plea agreement by conduct amounting to an obstruction of justice.

23. Evidence of a guilty plea, later withdrawn, or of an offer to plead guilty to an offence, or of statements made in connection with any such plea or offer, should be inadmissible on the issue of guilt or credibility in any proceeding.

APPENDIX A

Rules and Guidelines Frequently Cited in This Paper

Ontario Law Reform Commission, *Report on Administration of Ontario Courts*, Part II (1973), Chapter 2, Summary of Recommendations, #2.

Plea Negotiation

20. The following guidelines should be laid down for prosecutors in plea negotiations:

(a) Expediency should not be a consideration or a motive. The problems arising out of the burden of heavy caseloads must be solved by means other than negotiated pleas of guilty whether related to sentence or otherwise.

(b) The prosecutor should do nothing to induce or compel a plea of guilty to a reduced number of charges or a lesser or included offence.

(c) The prosecutor should permit to be maintained only those charges on which he intends to proceed to trial.

(d) The prosecutor should not agree to the acceptance of a plea of guilty to an offence that the evidence in his possession does not support.

(e) The prosecutor should not agree to the acceptance of a plea of guilty to a charge that cannot be prosecuted because it is barred by statutory limitation or otherwise.

(f) In all discussions with defence counsel the prosecutor must maintain his freedom to do his duty as he sees fit. Nothing should be said or done to fetter the freedom of the prosecutor and the defence counsel.

(g) The prosecutor may state to defence counsel the views he may give, if asked by the presiding judge to comment on the matter of sentence. No undertaking should be given relating to the term of sentence by the prosecutor. He may draw the attention of the presiding judge to any mitigating or aggravating circumstances that may appear to him and what the appropriate form of sentence might be, but it should be made clear that the matter of sentence is strictly for the judge and that any statement that is made cannot bind the Attorney General in the exercise of his discretion whether to appeal against the sentence or not.

(h) There should be no attempt to reduce the gravity of the evidence to suit the reduced charge.

(i) The prosecutor should always consider himself as agent of the Attorney General. The ultimate responsibility for disposition of the case must always rest with the court except in those cases where the Attorney General wishes to withdraw the charge.

(j) Apart from very exceptional circumstances neither counsel for the Crown nor counsel for the accused, either alone or together, should discuss a proposed plea of guilty with the judge in his chambers or any place other than in open court. Where attendance in the judge's chambers is dictated by the circumstances, a court reporter always should be present to take down the full discussion which should form part of the record of the case.

Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (1974), Chapter VIII, commentary 10.

Where, following investigation,

(a) a defence lawyer bona fide concludes and advises his accused client that an acquittal of the offence charged is uncertain or unlikely,

(b) the client is prepared to admit the necessary factual and mental elements,

(c) the lawyer fully advises the client of the implications and possible consequences, and particularly of the detachment of the court, and

(d) the client so instructs him,

it is proper for the lawyer to discuss with the prosecutor and for them tentatively to agree on the entry of a plea of "guilty" to the offence charged or to a lesser or included offence appropriate to the admissions, and also on a disposition or sentence to be proposed to the court. The public interest must not be or appear to be sacrified in the pursuit of an apparently expedient means of disposing of doubtful cases, and all pertinent circumstances surrounding any tentative agreements, if proceeded with, must be fully and fairly disclosed in open court. The judge must not be involved in any such discussions or tentative agreements, save to be informed thereof.

Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (1988), Chapter IX, commentary 12.

Where, following investigation,

(a) the defence lawyer *bona fide* concludes and advises the accused client that an acquittal of the offence charged is uncertain or unlikely,

(b) the client is prepared to admit the necessary factual and mental elements,

(c) the lawyer fully advises the client of the implications and possible consequences of a guilty plea and that the matter of sentence is solely in the discretion of the trial judge, and

(d) the client so instructs the lawyer, preferably in writing,

it is proper for the lawyer to discuss and agree tentatively with the prosecutor to enter a plea of guilty on behalf of the client to the offence charged or to a lesser or included offence or to another offence appropriate to the admissions, and also on a disposition

or sentence to be proposed to the court. The public interest and the client's interests must not, however, be compromised by agreeing to a guilty plea.

American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (1975), section 350.3.

Section 350.3. Procedure for Plea Discussions

(1) *Plea Conference*. At the request of either party, the parties shall meet to discuss the possibility that upon the defendant's entry of a plea of guilty or nolo contendere to one or more offenses, the prosecutor will not charge, will dismiss or will move for the dismissal of other charges, or will recommend or not oppose a particular sentence. The defendant must be represented by counsel in such discussions and the defendant need not be present. The court shall not participate in such discussions.

(2) *Prosecutor's Regulations*. Each prosecution office in the state shall issue regulations pursuant to Section 10.3 setting forth guidelines and procedures with respect to plea discussions and plea agreements designed to afford similarly situated defendants equal opportunities for plea discussions and plea agreements.

(3) *Improper Pressure*. The prosecutor shall not seek to induce a plea of guilty or nolo contendere by exerting such undue pressures as:

(a) charging or threatening to charge the defendant with a crime not supported by facts believed by the prosecutor to be provable;

(b) charging or threatening to charge the defendant with a crime not ordinarily charged in the jurisdiction for the conduct allegedly engaged in by him; or

(c) threatening the defendant that if he pleads not guilty, his sentence may be more severe than that which is ordinarily imposed in the jurisdiction in similar cases on defendants who plead not guilty.

(4) *Obtaining Information for Plea Conference*. If the parties agree that the defendant will enter a plea of guilty, they shall be subject to the disclosure obligations set forth in Section 320.3 of this Code. The parties may request the court's assistance to develop additional facts relevant to such an agreement as provided in Section 320.4.

(5) *Preliminary Consideration of Plea Agreement*. If the parties have reached a proposed plea agreement they may, with the permission of the court, advise the court of the terms of the agreement and the reasons therefor in advance of the time for tender of the plea. The court may indicate to the parties whether it will concur in the proposed disposition. Any such concurrence is subject to the information in the presentence report being consistent with representations made to the court.

American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (1975), section 350.4(2).

(2) *Plea to Reflect Informed Choice by Defendant*. By inquiring of the prosecutor and defense counsel and the defendant personally, the court shall ascertain whether there were any prior plea discussions, whether the parties have entered into any agreement with respect to the plea and the terms thereof and whether any inducements

were offered in violation of Subsection 350.3(3). The court shall not accept a plea of guilty or nolo contendere from a defendant without first determining that such plea is a product of informed choice and that the defendant understands the effect, if any, of the plea on other charges that have been or may be brought against him.

American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (1975), section 350.5.

Section 350.5. Additional Action to be Taken by the Court Where There is Plea Agreement

(1) *Disclosure of Agreement at Time of Plea.* If the parties have entered a plea agreement pursuant to Section 350.3, they shall disclose it to the court at the time the defendant is called upon to plead.

(2) *Court's Consideration of Appropriateness of Disposition.* In considering whether to approve a plea pursuant to a plea agreement, the court shall consider whether:

(a) the parties have considered adequately the facts relevant to an appropriate disposition with respect to the defendant;

(b) the terms of the agreement and any psychiatric or other special rehabilitation program agreed upon appear generally suited to the defendant's needs, and

(c) the agreement is in the public interest in that it takes into account not only the benefit to the public in securing a prompt disposition of the case, but also the importance of a disposition that furnishes the public adequate protection and does not depreciate the seriousness of the offense or promote disrespect for the law.

(3) *Presentence Investigation.* The court may direct its probation service to conduct an investigation to assist it in ruling on the plea agreement. If the court believes it appropriate it may direct that such investigation be commenced at the time a plea agreement is presented for preliminary consideration pursuant to Subsection 350.3(5).

(4) *Ruling on the Plea.* Before accepting a plea pursuant to a plea agreement, the court shall advise the parties whether it approves the agreement and will dispose of the case in accordance therewith. If the court determines to disapprove the agreement and not to dispose of the case in accordance therewith, it shall so inform the parties, not accept the defendant's plea of guilty or nolo contendere, and advise the defendant personally that he is not bound by the agreement. The court shall advise the parties of the reasons it rejected the agreement and afford them an opportunity to modify the agreement accordingly. A decision by the court disapproving an agreement shall not be subject to appeal.

United States *Federal Rules of Criminal Procedure* (1988), Rule 11(e), (f).

(e) *Plea Agreement Procedure.*

(1) *In General.* The attorney for the government and the attorney for the defendant or the defendant when acting pro se may engage in discussions with a view

toward reaching an agreement that, upon the entering of a plea of guilty or nolo contendere to a charged offense or to a lesser or related offense, the attorney for the government will do any of the following:

(A) move for dismissal of other charges; or

(B) make a recommendation, or agree not to oppose the defendant's request, for a particular sentence, with the understanding that such recommendation or request shall not be binding upon the court; or

(C) agree that a specific sentence is the appropriate disposition of the case.

The court shall not participate in any such discussions.

(2) *Notice of Such Agreement*. If a plea agreement has been reached by the parties, the court shall, on the record, require the disclosure of the agreement in open court or, on a showing of good cause, in camera, at the time the plea is offered. If the agreement is of the type specified in subdivision (e)(1)(A) or (C), the court may accept or reject the agreement, or may defer its decision as to the acceptance or rejection until there has been an opportunity to consider the presentence report. If the agreement is of the type specified in subdivision (e)(1)(B), the court shall advise the defendant that if the court does not accept the recommendation or request the defendant nevertheless has no right to withdraw the plea.

(3) *Acceptance of a Plea Agreement*. If the court accepts the plea agreement, the court shall inform the defendant that it will embody in the judgment and sentence the disposition provided for in the plea agreement.

(4) *Rejection of a Plea Agreement*. If the court rejects the plea agreement, the court shall, on the record, inform the parties of this fact, advise the defendant personally in open court or, on a showing of good cause, in camera, that the court is not bound by the plea agreement, afford the defendant the opportunity to then withdraw the plea, and advise the defendant that if the defendant persists in a guilty plea or plea of nolo contendere the disposition of the case may be less favorable to the defendant than that contemplated by the plea agreement.

(5) *Time of Plea Agreement Procedure*. Except for good cause shown, notification to the court of the existence of a plea agreement shall be given at the arraignment or at such other time, prior to trial, as may be fixed by the court.

(6) *Inadmissibility of Pleas, Plea Discussions, and Related Statements*. Except as otherwise provided in this paragraph, evidence of the following is not, in any civil or criminal proceeding, admissible against the defendant who made the plea or was a participant in the plea discussions:

(A) a plea of guilty which was later withdrawn;

(B) a plea of nolo contendere;

(C) any statement made in the course of any proceedings under this rule regarding either of the foregoing pleas; or

(D) any statement made in the course of plea discussions with an attorney for the government which do not result in a plea of guilty or which result in a plea of guilty later withdrawn.

However, such a statement is admissible (i) in any proceeding wherein another statement made in the course of the same plea or plea discussions has been introduced and the statement ought in fairness be considered contemporaneously with it, or (ii) in a criminal proceeding for perjury or false statement if the statement was made by the defendant under oath, on the record, and in the presence of counsel.

(f) *Determining Accuracy of Plea.* Notwithstanding the acceptance of a plea of guilty, the court should not enter a judgment upon such plea without making such inquiry as shall satisfy it that there is a factual basis for the plea.

American Bar Association, *Standards for Criminal Justice* (1980), standards 14-3.1, 14-3.2, 14-3.3, 14-3.4.

PART III. PLEA DISCUSSIONS AND PLEA AGREEMENTS

Standard 14-3.1. Propriety of plea discussions and plea agreements

(a) The prosecuting attorney may engage in plea discussions with counsel for the defendant for the purpose of reaching a plea agreement. Where the defendant has waived counsel pursuant to these standards, the prosecuting attorney may engage in plea discussions with the defendant. Ordinarily a verbatim record should be made and preserved for all such discussions.

(b) The prosecuting attorney, in reaching a plea agreement, may agree to one or more of the following, as dictated by the circumstances of the individual case:

(i) to make or not to oppose favorable recommendations as to the sentence which should be imposed if the defendant enters a plea of guilty or nolo contendere;

(ii) to dismiss, to seek to dismiss, or not to oppose dismissal of the offense charged if the defendant enters a plea of guilty or nolo contendere to another offense reasonably related to defendant's conduct; or

(iii) to dismiss, to seek to dismiss, or not to oppose dismissal of other charges or potential charges against the defendant if the defendant enters a plea of guilty or nolo contendere.

(c) Similarly situated defendants should be afforded equal plea agreement opportunities.

(d) The prosecuting attorney should make every effort to remain advised of the attitudes and sentiments of victims and law enforcement officials before reaching a plea agreement.

Standard 14-3.2. Relationship between defense counsel and client

(a) Defense counsel should conclude a plea agreement only with the consent of the defendant, and should ensure that the decision whether to enter a plea of guilty or nolo contendere is ultimately made by the defendant.

(b) To aid the defendant in reaching a decision, defense counsel, after appropriate investigation, should advise the defendant of the alternatives available and of considerations deemed important by defense counsel or the defendant in reaching a decision.

Standard 14-3.3. Responsibilities of the judge

(a) The judge should not accept a plea of guilty or nolo contendere without first inquiring whether the parties have arrived at a plea agreement and, if there is one, requiring that its terms, conditions, and reasons be disclosed.

(b) If a plea agreement has been reached by the parties which contemplates the granting of charge or sentence concessions by the judge, the judge should:

(i) order the preparation of a preplea or presentence report, when needed for determining the appropriate disposition;

(ii) give the agreement due consideration, but notwithstanding its existence reach an independent decision on whether to grant charge or sentence concessions; and

(iii) in every case advise the defendant whether the judge accepts or rejects the contemplated charge or sentence concessions or whether a decision on acceptance will be deferred until after the plea is entered and/or a preplea or presentence report is received.

(c) When the parties are unable to reach a plea agreement, if the defendant's counsel and prosecutor agree, they may request to meet with the judge in order to discuss a plea agreement. If the judge agrees to meet with the parties, the judge shall serve as a moderator in listening to their respective presentations concerning appropriate charge or sentence concessions. Following the presentation of the parties, the judge may indicate what charge or sentence concessions would be acceptable or whether the judge wishes to have a preplea report before rendering a decision. The parties may thereupon decide among themselves, outside of the presence of the court, whether to accept or reject the plea agreement tendered by the court.

(d) Whenever the judge is presented with a plea agreement or consents to a conference in order to listen to the parties concerning charge or sentence concessions, the court may require or allow any person, including the defendant, the alleged victim, and others, to appear or to testify.

(e) Where the parties have neither advised the judge of a plea agreement nor requested to meet for plea discussion purposes, the judge may inquire of the parties whether disposition without trial has been explored and may allow an adjournment to enable plea discussions to occur.

(f) All discussions at which the judge is present relating to plea agreements should be recorded verbatim and preserved, except that for good cause the judge may order the transcript of proceedings to be sealed. Such discussions should be held in open court unless good cause is present for the proceedings to be held in chambers. Except as otherwise provided in this standard, the judge should never through word or demeanor, either directly or indirectly, communicate to the defendant or defense counsel that a plea agreement should be accepted or that a guilty plea should be entered.

(g) In cases where a defendant offers to plead guilty and the judge decides that the final disposition should not include the charge or sentence concessions contemplated by the plea agreement, the judge shall so advise the defendant and permit withdrawal of the tender of the plea. In cases where a defendant pleads guilty pursuant to a plea agreement and the court, following entry of the plea, decides that the final disposition should not include the contemplated charge or sentence concessions, withdrawal of the plea shall be allowed if:

(i) prior to the entry of the plea the judge concurs, whether tentatively or fully, in the proposed charge or sentence concessions; or

(ii) the guilty plea is entered upon the express condition, approved by the judge, that the plea can be withdrawn if the charge or sentence concessions are subsequently rejected by the court.

In all other cases where a defendant pleads guilty pursuant to a plea agreement and the judge decides that the final disposition should not include the contemplated charge or sentence concessions, withdrawal of the plea may be permitted at the discretion of the judge.

Standard 14-3.4. Discussion and agreement not admissible

Unless the defendant subsequently enters a plea of guilty or nolo contendere which is not withdrawn, the fact that the defendant or defense counsel and the prosecuting attorney engaged in plea discussions or made a plea agreement, or statements made by the defendant in connection with and relevant to such plea discussions, should not be received in evidence against or in favor of the defendant in any criminal or civil action or administrative proceedings.

***Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of the Canadian Sentencing Commission* (1987), recommendations 13.1 to 13.13.**

13.1 The Commission recommends that the interests of the victim in plea negotiations continue to be represented by Crown counsel. To encourage uniformity of practice across Canada, the responsible federal and provincial prosecutorial authorities should develop guidelines which direct Crown counsel to keep victims fully informed of plea negotiations and sentencing proceedings and to represent their views.

13.2 The Commission recommends that, where possible, prior to the acceptance of a plea negotiation, Crown counsel be required to receive and consider a statement of the facts of the offence and its impact upon the victim.

13.3 The Commission recommends that the sentencing judge inquire of the defendant whether he or she understands the plea agreement and its implications and, if he or she does not, the judge should have the discretion to strike the plea or sentence.

13.4 The Commission recommends that federal and provincial prosecutorial authorities collaborate in the formulation of standards or guidelines for police respecting over-charging and/or inappropriate multiple charging.

13.5 The Commission recommends that the relevant federal and provincial authorities give serious consideration to the institution of formalized screening mechanisms to permit, to the greatest extent practicable, the review of charges by Crown counsel prior to their being laid by police.

13.6 The Commission recommends that police forces develop and/or augment internal review mechanisms to enhance the quality of charging decisions and, specifically, to discourage the practice of laying inappropriate charges for the purpose of maximizing a plea bargaining position.

13.7 The Commission recommends that the relevant federal and provincial prosecutorial authorities establish a policy (guidelines) restricting and governing the power of the Crown to reduce charges in cases where it has the means to prove a more serious offence.

13.8 The Commission recommends that the appropriate federal and provincial authorities formulate and attempt to enforce guidelines respecting the ethics of plea bargaining.

13.9 The Commission recommends a mechanism whereby the Crown prosecutor would be required to justify in open court a plea bargain agreement reached by the parties either in private or in chambers unless, in the public interest, such justification should be done in chambers.

13.10 The Commission recommends that the trial or sentencing judge never be a participant in the plea negotiation process. This recommendation is not intended to preclude the judge from having the discretion to indicate in chambers the general nature of the disposition or sentence which is likely to be imposed upon the offender in the event of a plea of guilty.

13.11 The Commission recommends that the *Criminal Code* be amended to *expressly* provide that the court is not bound to accept a joint submission or other position presented by the parties respecting a particular charge or sentence.

13.12 The Commission recommends the development of a mechanism to require full disclosure in open court of the facts and considerations which formed the basis of an agreement, disposition or order arising out of a pre-hearing conference.

13.13 The Commission recommends that an in-depth analysis of the nature and extent of plea bargaining in Canada be conducted by the federal and provincial governments or by a permanent sentencing commission.

APPENDIX B

Description and Analysis of Our Public Opinion Survey*

Part I: Report – Public Attitudes Toward Plea Bargaining

Part II: The Scenarios Used in Our Survey

Part III: The Survey Questions

* This survey was designed for us by Professor A.N. Doob, Director of the Centre of Criminology, University of Toronto. It was conducted for us by Gallup Canada, Inc.

PART I: Report

Public Attitudes Toward Plea Bargaining

Anthony N. Doob

Introduction

The purpose of this study was to determine both the overall public view of plea bargaining and to attempt to understand what aspects of plea bargaining upset the public.

Two general techniques were used: a direct question asking the public what they thought of plea bargaining and an experiment embedded in the survey. The survey was carried out by Gallup, Canada, in late February 1988. The Gallup organization defines its sampling procedure as being "designed to produce an approximation of the adult civilian population, 18 years or older, living in Canada except for those persons in institutions such as prisons or hospitals, or those residing in far Northern regions."

In the experiment, approximately 200 people were given each of five different scenarios describing the manner in which a criminal case was resolved without trial. All respondents were then asked to answer nine questions. A total of 1049 people responded to the survey as a whole.

The five scenarios differed in the description of how the case was resolved. Comparisons across scenarios allow us to see how different forms of resolution affect public perceptions of the process.

For purposes of this report, I will be using the following terminology to describe the conditions:

A: No bargain. A case was described in which a person was charged with robbery and using a firearm during the offence. The accused is described as having pleaded guilty to the robbery. The second charge was dropped by the Crown. The reader is told that counsel had not discussed the case prior to the court appearance and that similar sentence submissions were made. The sentence handed down was described as falling between the two submissions.

B: Standard bargain. This scenario differs from "A" in the following ways. The reader is told that Crown and defence had met in the Crown's office prior to the court hearing and an agreement had been made on a joint submission on a sentence for the robbery and a dropping of the other charge. The sentence handed down was what counsel had recommended.

C: Bargain — explanation given. The difference between this and "B" (above) is that counsel are described as having given, in open court, an explanation on how they had arrived at the decision to drop the weapons charge and the joint submission.

D: Bargain — judge present. This is essentially the same as "B" except that the plea bargaining took place in the judge's office with the judge present.

E: Bargain — judge involved. This is the same as "D" except that the judge is described as having rejected (in his chambers) a preliminary suggestion from counsel on the outcome of the case and subsequently accepting a second suggestion.

Results

Plea bargaining, generally

The most simple way of determining the public's view of plea bargaining is to look at the responses to a direct question about it (asked *after* the other questions had been asked). The findings are simple and straightforward: Most Canadians disapprove of plea bargaining (defined, in this question as "the practice whereby an accused person agrees to plead guilty in return for the promise of some benefit such as agreement that certain charges be dropped and/or certain recommendations be made to the judge on what the sentence should be").

View of plea bargaining:	Overall	Excluding no opinion & DK/NS*
Strongly approve of the practice	1.8%	2.1%
In general, approve of the practice	16.3%	18.8%
No opinion about the practice	9.1%	—
In general, disapprove of the practice	39.3%	45.3%
Strongly disapprove of the practice	29.3%	33.8%
Dont't know or not stated	4.3%	—
Total:	100%	100%

* Don't know/Not stated

On this question, 68.6% of all Canadians, or 79.1% of those who had at least some opinion about the practice, disapprove of plea bargaining. The scenario that the respondents had just read had no effect on their responses.

There seemed to be little important demographic variation in this view. Disapproval of plea bargaining was expressed by at least 60% of the following demographic breakdowns: each of the five regions of Canada, three age groupings, both sexes, three levels of educational achievement, four income groupings, mother tongue, and size of community. Students were the only occupational grouping whose overall level of disapproval dropped below 60% (to 58%).

Overall view of sentencing

The conclusion of the five scenarios used in the study was the sentence handed down by the court. Of the seven questions asked in relation to the scenarios, three dealt directly with sentencing. The others deal with the behaviour of judge, Crown and defence. It is important, then, to remember, in the context of sentencing, that typically most Canadians indicate that they do not think that the *severity* of sentences is appropriate. This has been the finding of Canadian public opinion polls for the past twenty years; this poll was no exception. In this survey, at least 60% of all respondents in each of the experimental conditions thought that sentences were too lenient. The proportion thinking that sentences were about right in severity varied from 18% to 27% across conditions. Almost nobody thinks that sentences are too severe (from 0% to 2% across conditions).

Given that comprehensive sentencing data do not exist in Canada, it is interesting to note that most Canadians do have a view on this topic: only 6% to 11% didn't know how to answer this question.

It should be noted that the question dealing with the respondents' opinion on the severity of sentences (generally) came immediately after the seven questions that related to the scenario. Although it was prefaced with the statement "Now we would like to ask you two general questions," it seems that the scenario it followed influenced the responses. Specifically, those who had just read a scenario involving *any* kind of plea bargaining (Standard bargain, Bargain—explanation given, Bargain—judge present, Bargain—judge involved) were significantly more likely to think that sentences were not severe enough than those who had read the "no bargain" scenario.

Opinion of sentences handed down by the courts
(of those who expressed an opinion)*

	Too lenient	Too severe/about right	Total
Scenario:			
No Bargain (A)	68%	32%	100%
Some form of bargaining (B,C,D,E)	77%	23%	100%

* In this and all subsequent tables, only the data from those who expressed an opinion are reported. Figures in some tables may not add to 100% due to rounding.

Chi square = 7.17, df = 1, $p < .01$

Expressed somewhat differently, within a sample of people who read a scenario *not* involving plea bargaining, 27% thought that sentences of the court were "about right." Reading about a case involving plea bargaining, however, reduced this portion by almost a third to 19%.

Impact of plea bargaining on the perception of the sentence in the case

It is clear that the public's expectation of the appropriateness of a sentence in a particular case is determined, in part, by the way in which it was arrived at.

Did respondent assume that sentence likely to be appropriate?

	Yes	Probably not	Definitely not	Total
Condition:				
No bargain (A)	34.7%	34.7%	30.5%	100%
Standard bargain (B)	20.7%	7.1%	42.2%	100%
Bargain—explanation given (C)	26.6%	39.6%	33.8%	100%
Bargain—judge present (D)	28%	38.7%	33.3%	100%
Bargain—judge involved (E)	23.2%	33.9%	42.9%	100%

Chi square, overall = 16.29, df = 8, $p < .05$
Chi square, A vs. B = 11.21, df = 2, $p < .01$
Chi square, A vs. E = 7.79, $p < .05$
Chi square, A vs. C = 3.24 not significant
Chi square, C vs. E = 3.36 not significant

There are two findings that stand out in this table. The first is the contrast of "No bargain" with "Standard bargain." Belief that the sentence will be appropriate drops dramatically when the public hears that the Crown and defence have bargained.

The second is the effect of giving an explanation for the bargain in open court (Condition C). It is quite clear that a good portion of the detrimental effects of the normal plea bargain is erased by having a full explanation given in court.

Having the judge present, but not as an active participant (Condition D) appears to lead the public to anticipate a more acceptable outcome than the standard bargain; however, having the judge actively involved in the plea bargaining process leads the public to expect a less acceptable outcome.

Expectation that all of the relevant information was brought to the attention of the judge before sentencing

Part of the difference in the expected appropriateness of the sentence may be due to large differences in the expectation as to whether all of the relevant evidence was brought to the attention of the judge before he made his sentencing decision.

Was all appropriate information brought to the attention of the judge before sentencing?

	Yes	Probably not	Definitely not	Total
Condition:				
No bargain (A)	31%	42%	27%	100%
Standard bargain (B)	27%	37%	37%	100%
Bargain—explanation given (C)	36%	43%	21%	100%
Bargain—judge present (D)	46%	39%	16%	100%
Bargain—judge involved (E)	40%	38%	22%	100%

Chi square, overall = 35.43, df = 8, $p < .01$

Clearly, one effect of having a case resolved by a standard plea bargain (Condition B) is that the public will be more likely to believe that the judge did not have access to all relevant information about the case.

Where an explanation is given in court of how the "bargain" had been arrived at (Condition C), the public was more likely to believe that the relevant information was available to the judge than in the standard bargain condition (B). In the two conditions where the plea negotiation took place in the judge's chambers (Conditions D and E), there was even stronger belief that the judge had access to the appropriate information.

Belief that judge took all relevant factors into account in sentencing offender

The previous question suggests that people believe that in a standard plea bargaining situation, the judge does not have access to all appropriate information and is less likely to have access than in the other situations described in other scenarios. Not surprisingly, then, people in the standard plea bargaining situation (Condition B) are less likely to believe that the judge took into account all relevant information than in the other conditions.

Did judge take into account all relevant information?

	Yes	Probably not	Definitely not	Total
Condition:				
No bargain (A)	45%	26%	28%	100%
Standard bargain (B)	24%	34%	42%	100%
Bargain—explanation given (C)	39%	42%	18%	100%
Bargain—judge present (D)	42%	35%	22%	100%
Bargain—judge involved (E)	40%	38%	22%	100%

Chi square, overall = 50.04, df = 8, $p < .01$

On this question, the condition that stands out is Condition B — the standard plea bargaining situation. Respondents in this condition were considerably less likely to think that the judge took into account all relevant factors in coming to his sentencing decision.

Perception of whether defence counsel did a good job of representing the offender's interests

Did defence do a good job?

	Definitely yes	Probably yes	No	Total
Condition:				
No bargain (A)	24%	51%	25%	100%
Standard bargain (B)	40%	36%	24%	100%
Bargain — explanation given (C)	43%	39%	18%	100%
Bargain — judge present (D)	42%	43%	15%	100%
Bargain — judge involved (E)	35%	42%	23%	100%

Chi square, overall = 24.29, df = 8, $p < .01$

Overall, it is clear that defence counsel are seen by most people (in all conditions, at least three quarters of those having an opinion) as doing a good job of representing the offender's interests.

The one condition that stands out as being different from the rest is A (No bargaining). Respondents are somewhat less sure in this condition than in the other four conditions (where some form of bargaining takes place) that the defence has done a good job.

One might infer from this that for the public, "doing a good job in representing the accused's interests" involves bargaining with the Crown over sentence.

Did the Crown do a proper job of presenting all appropriate information to the court?

On the evaluative question asked about them, Crowns were not seen in as favourable terms as was defence counsel. Fewer than 40% of the respondents with an opinion in each condition thought that the Crown did a proper job of presenting all appropriate information.

Did the Crown prosecutor do a proper job of presenting all appropriate information?

	Yes	Probably not	Definitely not	Total
Condition:				
No bargain (A)	34%	37%	29%	100%
Standard bargain (B)	28%	31%	40%	100%
Bargain—explanation given (C)	36%	39%	25%	100%
Bargain—judge present (D)	37%	33%	29%	100%
Bargain—judge involved (E)	38%	36%	26%	100%

Chi square, overall = 15.89, df = 8, $p < .05$

The one condition that stands out among the rest is the "Standard bargain" (Condition B). Clearly in this condition, respondents assume that the Crown would not do a good job of bringing the appropriate information to the court.

Did the judge act in a proper and fair manner in handling the case?

There was a lot of variation in how the judge was perceived. Of those who expressed an opinion, more saw the judge behaving properly in the "No bargain" condition than in any other. Indeed, only in this condition did a majority of those who expressed a view see the judge as behaving in a proper and fair manner in handling the case.

Did judge act in proper and fair manner?

	Yes	Probably not	Definitely not	Total
Condition:				
No bargain (A)	52%	25%	23%	100%
Standard bargain (B)	31%	34%	35%	100%
Bargain—explanation given (C)	44%	29%	27%	100%
Bargain—judge present (D)	42%	29%	29%	100%
Bargain—judge involved (E)	33%	32%	35%	100%

Chi square, overall = 24.227, df = 8, $p < .01$
Chi square (B vs. C) = 8.51, df = 2, $p < .05$

For reasons that one can only speculate on, the judge is seen in less favourable terms when there is a "Standard bargain" reported. It is possible that the judge is being criticized, implicitly, for presiding over a hearing where he is perceived not to be taking into account all relevant information (see above) even though it appears to be perceived as the Crown's fault that this information did not come to the attention of the judge.

It is worth noting, however, that where an explanation is given for the plea agreement (Condition C), the judge is rated significantly more favourably than he is in the "Standard bargain" condition.

Finally, there is an indication that the public does not approve of the judge getting heavily involved in the plea bargaining process. The ratings of the actions of the judge are slightly (but not significantly) lower in the condition where he is actively involved (Condition E) than when he is present, but inactive (Condition D).

Opinion on judge's level of involvement in the case

Overall, it is clear that most people in *all* experimental conditions want the judge more involved in the case. It is possible that one common factor — the dropping of the second charge against the accused — is responsible for this. Even in Condition E — where the judge is actively involved in the plea discussions — 56% of those expressing an opinion believe that the judge should have been more involved in the case.

Opinion of judge's level of involvement in the case

	Too involved	Appro-priate	Should be more involved	Total
Condition:				
No bargain (A)	2%	30%	69%	100%
Standard bargain (B)	4%	23%	73%	100%
Bargain—explanation given (C)	5%	23%	72%	100%
Bargain—judge present (D)	7%	26%	67%	100%
Bargain—judge involved (E)	21%	23%	56%	100%

Chi square, overall = 63.480, df = 8, $p < .01$

The condition that clearly stands out on this question is Condition E (Bargain — judge involved). Only in this one instance did a sizeable portion of the respondents believe that the judge was too involved.

Interestingly enough the portion viewing the judge's level of involvement as appropriate was more or less the same across conditions.

Unwillingness to express an opinion

All of the tables presented thus far involve the responses only of those who were willing to express an opinion on each question to the Gallup interviewer. A small portion of those interviewed, however, simply said that they could not express a view on a given question even though the interviewer read the following statement to the respondents "Even though it may be difficult in some cases, I would still like you to try to answer the following questions based on the information alone contained on the card."

What is interesting about the "Don't know" responses is not that they occurred, but rather that they occurred primarily in the case of Condition A (No bargain).

Proportion answering "don't know" for each question by experimental condition

	A	B	C	D	E	Overall chi square	$p <$ df = 4
Question:							
Relevant evidence to judge	4.5%	2.2%	2.3%	5.5%	5.3%	6.394	n.s
Judge took relevant factors into acc't	8.9%	2.5%	3.4%	6.2%	5.5%	11.801	.05
Sentence appropriate	10.4%	2.7%	5.7%	6.1%	8.9%	11.562	.05
Crown did proper job	12.1%	3.1%	5.0%	8.7%	9.8%	16.083	.01
Defence did good job	12.8%	3.4%	2.7%	4.8%	9.8%	28.443	.01
Judge acted proper & fair	13.7%	5.8%	5.1%	7.0%	9.4%	13.690	.01
judge's level involvement	15.6%	3.2%	3.3%	8.5%	9.9%	31.256	.01
Sentences generally	9.1%	6.8%	9.4%	11.4%	5.7%	4.898	n.s
View of plea bargaining	7.3%	1.5%	1.7%	5.1%	5.2%	13.892	.01

Generally speaking, it appears that people are least likely to express an opinion in a situation where there has simply been a guilty plea described and most likely to express an opinion when they have just read about the "Standard bargain."

PART II: The Scenarios Used in Our Survey

(Each of the following five scenarios was presented to approximatel 200 of our survey respondents to read before answering a series of questions. No perso.. was given more than one scenario to read.)

A: This is a case involving an accused person charged with two related offences: the robbery of a convenience store and the additional offence of using a firearm during this robbery.

The accused pleaded guilty in court to the offence of robbery and the second offence (the firearms offence) was dropped by the Crown prosecutor.

The Crown prosecutor and defence counsel had not discussed the case with each other before the court appearance where the accused pleaded guilty to the robbery. At the court appearance where the accused pleaded guilty, the Crown prosecutor and the defence counsel made very similar suggestions to the judge on what the sentence should be.

The judge, having listened to the recommendations, sentenced the offender in between the two recommendations.

B: This is a case involving an accused person charged with two related offences: the robbery of a convenience store and the additional offence of using a firearm during this robbery.

The accused pleaded guilty in court to the offence of robbery and the second offence (the firearms offence) was dropped by the Crown prosecutor.

The Crown prosecutor and defence counsel had met in the Crown prosecutor's office earlier in the day to discuss the case.

On the basis of this discussion, when the case came up in court later in the day, the Crown prosecutor agreed to drop the firearms offence in exchange for the accused person's agreement to plead guilty to the robbery charge. As an additional part of the agreement, the Crown prosecutor and defence counsel agreed to make a joint statement to the judge on what the sentence should be. In court, they told the judge what they had agreed the sentence should be.

The judge, having listened to the recommendation, gave the offender the sentence the Crown prosecutor and defence counsel had recommended.

C: This is a case involving an accused person charged with two related offences: the robbery of a convenience store and the additional offence of using a firearm during this robbery.

The accused pleaded guilty in court to the offence of robbery and the second offence (the firearms offence) was dropped by the Crown prosecutor.

The Crown prosecutor and defence counsel had met in the Crown prosecutor's office earlier in the day to discuss the case.

On the basis of this discussion, when the case came up in court later in the day, the Crown prosecutor agreed to drop the firearms offence in exchange for the accused person's agreement to plead guilty to the robbery charge. As an additional part of the agreement, the Crown prosecutor and defence counsel agreed to make a joint statement

to the judge on what the sentence should be. In court, they told the judge what they had agreed the sentence should be.

They then explained to the judge in open court how they had arrived at the decision to drop the firearms charge and how they had arrived at the recommendation on the sentence. They explained how they had worked out their earlier disagreement as to the appropriate sentence.

The judge, having listened to the recommendation, gave the offender the sentence the Crown prosecutor and defence counsel had recommended.

D: This is a case involving an accused person charged with two related offences: the robbery of a convenience store and the additional offence of using a firearm during this robbery.

The accused pleaded guilty in court to the offence of robbery and the second offence (the firearms offence) was dropped by the Crown prosecutor.

The Crown prosecutor and defence counsel had met earlier in the day with the judge in the judge's office to discuss the case.

On the basis of the discussion in the judge's office, when the case came up in court later in the day, the Crown prosecutor agreed to drop the firearms offence in exchange for the accused person's agreement to plead guilty to the robbery charge. As an additional part of the agreement, the Crown prosecutor and defence counsel agreed to make a joint statement to the judge on what the sentence should be. In court, they told the judge what they had agreed the sentence should be.

The judge, having listened to the recommendation, gave the offender the sentence the Crown prosecutor and defence counsel had recommended.

E: This is a case involving an accused person charged with two related offences: the robbery of a convenience store and the additional offence of using a firearm during this robbery.

The accused pleaded guilty in court to the offence of robbery and the second offence (the firearms offence) was dropped by the Crown prosecutor.

The Crown prosecutor and defence counsel had met earlier in the day with the judge in the judge's office to discuss the case.

Initially, the judge rejected as inappropriate a suggestion on how the case should turn out. The judge did, however, offer a second suggestion which they all then accepted.

On the basis of the discussion in the judge's office, when the case came up in court later in the day, the Crown prosecutor agreed to drop the firearms offence in exchange for the accused person's agreement to plead guilty to the robbery charge. As an

additional part of the agreement, the Crown prosecutor and defence counsel agreed to make a joint statement to the judge on what the sentence should be. In court, they told the judge what they had agreed the sentence should be.

The judge, having listened to the recommendation, stated in court that he had had discussions in his office with the Crown prosecutor and defence counsel. The judge then sentenced the offender and indicated that the sentence was the same as had been agreed to by the Crown prosecutor, defence counsel, and the judge himself in the discussions that had taken place in the judge's office.

PART III: The Survey Questions

(Each of our survey respondents, having read *one* of the five scenarios set out in Part II above, was asked the following questions.)

1) On the basis of this information alone, would you assume that all of the relevant evidence about the offence and the offender was brought to the attention of the judge before he made his decision on the appropriate sentence?

— Definitely yes
— Probably yes
— Probably not
— Definitely not

2) On the basis of this information alone, would you assume that the judge took all relevant factors into account in coming to his decision about the sentence?

— Definitely yes
— Probably yes
— Probably not
— Definitely not

3) On the basis of this information alone, would you assume that the sentence given to the offender was likely to be appropriate?

— Definitely yes
— Probably yes
— Probably not
— Definitely not

4) On the basis of this information alone, would you assume that the Crown prosecutor did a proper job of presenting all appropriate information to the court?

— Definitely yes
— Probably yes
— Probably not
— Definitely not

5) On the basis of this information alone, would you assume that the defence counsel did a good job of representing the offender's interests?

— Definitely yes
— Probably yes
— Probably not
— Definitely not

6) On the basis of this information alone, would you assume that the judge had acted in a proper and fair manner in the way in which he handled all aspects of this case?

— Definitely yes
— Probably yes
— Probably not
— Definitely not

7) On the basis of this information alone, would you assume that the judge's level of involvement in the case was appropriate? Or do you think he was too involved or not involved enough in the way in which the outcome of the charges and sentence were determined?

— The judge was too involved in the case
— The level of involvement of the judge was appropriate
— The judge should have been more involved in the case

8) In general, would you say that the sentences handed down by the courts in Canada are too severe, about right, or not severe enough?

— Too severe
— About right
— Not severe enough
— Don't know

9) What is your view of plea bargaining — the practice whereby an accused person agrees to plead guilty in return for the promise of some benefit such as an agreement that certain charges be dropped and/or certain recommendations be made to the judge on what the sentence should be?

— I strongly approve of the practice
— In general, I approve of the practice
— I have no opinion about the practice
— In general, I disapprove of the practice
— I strongly disapprove of the practice

Commission de réforme du droit du Canada
Law Reform Commission of Canada

DROIT PENAL

les discussions et ententes sur le plaidoyer

Document de travail 60

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes** (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, vol. 1 (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (19 mai 1988)
32. *Notre procédure pénale* (21 juin 1988)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation** (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement** (1985)
45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse** (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)
52. *Les poursuites privées* (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)
56. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)
57. *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès* (1988)
58. *Les crimes contre le fœtus* (1989)
59. *Pour une cour criminelle unifiée* (1989).

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LES DISCUSSIONS
ET ENTENTES
SUR LE PLAIDOYER

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1989
N° de catalogue J32-1/60-1989
ISBN 0-662-56809-5

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 60

LES DISCUSSIONS ET ENTENTES SUR LE PLAIDOYER

1989

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M[e] Gilles Létourneau, vice-président
M[e] Joseph Maingot, c.r., commissaire*
M[e] John Frecker, commissaire
M[me] la juge Michèle Rivet, commissaire

Secrétaire

François Handfield, B.A., LL.L.

Coordonnateur de la section de recherche en procédure pénale

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B., LL.M.

Conseiller principal

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Conseiller spécial

Anthony N. Doob, A.B., Ph.D.

---

*M. Maingot était membre de la Commission lorsque le document a été approuvé.

Table des matières

REMERCIEMENTS 1

INTRODUCTION 3

CHAPITRE PREMIER : La nécessité d'une réforme 11

I. La transparence 12
II. Le contrôle judiciaire 15
III. La protection contre les incitations condamnables 17
IV. L'authenticité du plaidoyer et sa conformité avec les faits 23
V. L'égalité 25
VI. Le caractère exécutoire des ententes 28

CHAPITRE DEUX : Recommandations et commentaires 41

I. Définitions 42
II. Le déroulement des discussions sur le plaidoyer 45
A. Dispositions législatives 45
B. Lignes directrices 49
III. Le contrôle judiciaire 56
IV. Le retrait du plaidoyer et l'appel 66
V. L'irrecevabilité des poursuites ultérieures 69
VI. L'inadmissibilité des éléments de preuve 70

CHAPITRE TROIS : Sommaire des recommandations 73

ANNEXE A : Règles et lignes directrices fréquemment citées dans le présent document 79

ANNEXE B : Description et analyse de notre sondage d'opinion 91

Remerciements

Nous tenons à exprimer notre gratitude envers toutes les personnes que nous avons consultées au cours de la préparation du présent document de travail. Tout au long de l'élaboration de ses travaux, la Commission reçoit de façon suivie les conseils des membres de ses comités consultatifs permanents formés de juges, d'avocats en exercice (du ministère public et de la défense), de professeurs de droit et de chefs de police.

Nous voudrions remercier aussi les éminents juges et avocats qui ont bien voulu participer à la série de consultations extrêmement fructueuses que nous avons organisées dans diverses villes canadiennes au cours de 1987 et 1988. Même si les opinions et les recommandations formulées dans ce document ne reflètent pas nécessairement la position de ces personnes, nous nous en voudrions de ne pas profiter de l'occasion qui nous est offerte pour remercier chacun d'entre eux; leurs noms figurent ci-dessous, par ordre alphabétique, et sont regroupés selon les date et lieu des consultations :

Winnipeg — le 8 décembre 1987 — M^e^ G. Gregory Brodsky, c.r., M^e^ David G. Frayer, c.r., M^e^ Jeffrey Gindin, M. le juge Theodore M. Glowacki, M^e^ John P. Guy, c.r., M. le juge R.L. Kopstein, M^e^ Peter M. Kremer, M^me^ la juge Ruth Krindle, M. le juge C. Newcombe, M. le juge en chef adjoint Richard J. Scott, M^e^ Stuart J. Whitley, M^e^ H.E.Wolch, c.r.

Vancouver — le 10 décembre 1987 — M^e^ Leonard T. Doust, M^e^ John E. Hall, c.r., M^e^ P.W. Halprin, M^e^ R.T. Israels, M. le juge Gordon H. Johnson, M. le juge K.J. Libby, M^e^ H.A.D. Oliver, c.r., M. le juge Wallace T.Oppal, M^e^ G.B. Purdy, M^e^ Ernie Quantz, M. le juge Samuel M. Toy, M^e^ Scott Van Alstine, M^e^ Herbert F. Weitzel, M. le juge Douglas T. Wetmore, M. le juge Randall S.K. Wong.

Toronto — le 10 mars 1988 — M^e^ Austin M. Cooper, c.r., M^e^ Marlys A. Edwardh, M. le juge Gregory T. Evans, M.le juge Eugene G. Ewaschuk, M^e^ Alan D. Gold, M^e^ Edward L. Greenspan, c.r., M. le juge S.M. Harris, M. le juge David Humphrey, M^e^ Douglas C. Hunt, c.r., M. le juge Hugh R.Locke, M^e^ Morris Manning, c.r., M^e^ G.H. McCracken, c.r., M. le juge John G.J. O'Driscoll, M. le juge R.D. Reilly, M^e^ Bonnie Wein.

Montréal — le 22 mars et le 3 mai 1988 — M^e^ Claude Bélanger, c.r., M. le juge Claude Bisson, M. le juge en chef adjoint Jean-Pierre Bonin, M^e^ François Daviault, M. le juge Jacques Ducros, M. le juge Bernard Grenier, M^e^ Jacques Letellier, c.r., M^e^ Serge Ménard, M^e^ Claude Parent, M. le juge Jean Sirois, M^e^ André Vincent.

Introduction

Les questions étudiées par la Commission dans le cadre de son examen systématique de la procédure pénale (et qui ont déjà fait l'objet de recommandations détaillées) appartiennent à deux grandes catégories : celles qui sont déjà régies par des dispositions législatives (inadéquates cependant)[1]; et celles qui ont jusqu'ici échappé chez nous à l'intervention méthodique du législateur[2]. Or, parmi les secondes, figure le problème de ce que l'on appelle habituellement le «marchandage de plaidoyers» (*plea bargaining*), aspect important de la procédure pénale à l'égard duquel il serait opportun selon nous d'établir un régime législatif.

La question du marchandage de plaidoyers a été étudiée il y a plus de dix ans par la Commission dans un document de travail intitulé *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*[3]. Dans ce document, nous avions défini le marchandage de plaidoyers comme «une entente en vertu de laquelle l'accusé consent à plaider coupable, en échange de la promesse d'un avantage quelconque[4]». Pour des raisons qui deviendront évidentes à la lecture du présent document, nous préférons toutefois abandonner l'expression «marchandage de plaidoyers» (qui pour certains comporte une connotation intrinsèquement négative[5]), pour retenir plutôt des expressions non péjoratives. La pratique qui nous intéresse serait à notre sens mieux décrite (malgré ses indéniables défauts) par les termes «*négociation* du plaidoyer[6]» et «*discussion* sur le plaidoyer[7]». La procédure a pour but la conclusion d'une *entente* satisfaisante, et non de permettre à l'accusé de s'en tirer «à bon marché». Aussi avons-nous évité dans nos recommandations l'emploi de l'expression «marchandage de plaidoyers», au profit

---

1. Voir par exemple COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'arrestation*, Rapport n° 29, Ottawa, CRD, 1986.

2. Voir par exemple COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'interrogatoire des suspects*, Rapport n° 23, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne*, Rapport n° 25, Ottawa, CRD, 1985.

3. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*, Document de travail n° 15, Ottawa, Information Canada, 1975.

4. *Id.*, p. 50.

5. C'est l'argument invoqué par L. Graburn dans «Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1969), 279, p. 299.

6. Voir cependant Graburn, *id.*, p. 297.

7. C'est l'expression «plea discussion» qui est utilisée notamment dans le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'American Law Institute (ALI), Philadephie, American Law Institute, 1975 dans les *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, 2e éd., Boston, Little, Brown, 1980, et dans les *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, 18 U.S.C.A.

de l'expression «entente sur le plaidoyer[8]». Nous la définissons (ici encore, en termes neutres) comme «toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée[9]». Nous reportons à plus tard l'étude des ententes en vertu desquelles la contrepartie obtenue de l'accusé est autre chose que son aveu (son témoignage ou des renseignements, par exemple). Certes, ces ententes présentent certaines similitudes avec les véritables ententes sur le plaidoyer, mais nous croyons qu'elles sont suffisamment différentes, sur le plan conceptuel, pour nécessiter une étude distincte.

Dans notre document de travail intitulé *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*, nous avons évoqué les divers dangers de la négociation du plaidoyer et exprimé de sérieuses réserves quant à l'utilité de cette pratique et quant à l'opportunité de la conserver pour la réalisation des fins de la justice. Nous craignions que la négociation du plaidoyer fût devenue, ou fût en passe de devenir un obscur système de justice en elle-même — un système qui risquait de dénaturer le processus pénal tel que nous le connaissons, de le discréditer aux yeux du public.

Nous croyons toujours, comme en 1975, que «[l]a justice ne devrait pas être, et ne devrait pas sembler être, quelque chose qui peut s'acheter à la table de négociations[10]». Force nous est toutefois de reconnaître que notre système juridique a connu des changements importants depuis cette époque, et que de nouveaux changements sont engagés. Nous demeurons conscients des difficultés théoriques et pratiques inhérentes à la négociation du plaidoyer, mais estimons néanmoins qu'il serait sage et opportun de réexaminer d'une manière attentive la question, à la lumière d'un certain nombre de faits récents et de réformes imminentes, susceptibles d'avoir des conséquences d'une grande portée sur le fonctionnement et la nature de notre système judiciaire. Ainsi, l'élaboration et l'institutionnalisation des conférences préalables à l'instruction, pour prendre ce seul exemple, peuvent être considérées comme la première étape d'une transformation fondamentale des rapports entre les avocats de la poursuite et de la défense. Par ailleurs, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*[11] et l'élargissement des régimes provinciaux d'aide juridique[12] ont fait tomber les obstacles au plaidoyer de non culpabilité (et aux procédures qui traînent en

8. C'est l'expression «plea agreement» qui est utilisée notamment dans le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'*ALI*, *op. cit.*, note 7, dans les *Standards for Criminal Justice Relating to Pleas of Guilty* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7, et dans les *Federal Rules of Criminal Procedure* américaines, précitées, note 7.

9. Voir *infra*, recommandation 1.

10. *Op. cit.*, note 3, p. 52.

11. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11)].

12. Voir E.J. RATUSHNY, «Plea Bargaining and the Public» (1972), 20 *Chitty's L.J.* 238; S. SHETREET, «The Limits of Expeditious Justice», dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Expeditious Justice: Papers of The Canadian Institute for the Administration of Justice*, Toronto, Carswell, 1979, 1, p. 11. Voir D. DAWSON, «Plea Bargaining», *Victorian Bar News*, été 1981, p. 19 (cité dans NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *Criminal Procedure: Procedure From Charge to Trial: Specific Problems and Proposals*, Discussion Paper 14, vol. 2, Sydney, La Commission, 1987, p. 500, n. 24), où l'on avance que la diminution du nombre d'offres de plaidoyer de culpabilité peut être attribuable à l'accès accru à l'aide juridique.

longueur) pour bien des personnes accusées d'infraction[13]. D'autre part, l'accessibilité accrue de la représentation juridique a du même coup réduit certains des dangers[14] que peut susciter la négociation du plaidoyer[15]. Bref, la nature même de notre système de justice pénale se trouve bien engagée dans un processus d'évolution. La prise en considération de cette réalité nous a amenés à étudier d'une façon assez approfondie les problèmes reliés à la négociation du plaidoyer, telle qu'elle se pratique à l'heure actuelle, et à nous demander quelles mesures (à l'exclusion de l'abolition pure et simple) pourraient être mises en œuvre pour régler ces problèmes efficacement et dans le respect des grands principes déjà reconnus.

Comme bien des questions déjà abordées dans le cadre de notre révision permanente du droit pénal et de la procédure, la négociation du plaidoyer est un sujet controversé parmi les membres de la magistrature, les avocats, les organismes chargés de l'application de la loi et les milieux universitaires[16]. Les personnes ayant une opinion bien tranchée en la matière tendent à se ranger dans deux camps adverses : les partisans du maintien et les partisans de l'abolition[17]. Les premiers justifient

---

13. Il va sans dire que cela n'a rien de mauvais en soi.

14. L'adoption de notre recommandation sur la communication de la preuve de la poursuite devrait réduire encore plus les risques liés à la négociation du plaidoyer. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La communication de la preuve par la poursuite*, Rapport n° 22, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, pp. 13-15. Voir également A. HOOPER, «Discovery in Criminal Cases» (1972), 50 *R. du B. can.* 445, pp. 465-467, où l'on étudie d'une manière approfondie les éventuels effets bénéfiques, sur la négociation du plaidoyer, d'une communication obligatoire de la preuve.

15. Il semble cependant que la négociation du plaidoyer dépende dans une large mesure de la représentation par avocat. Voir T.H. HARTNAGEL, «Plea Negotiation in Canada» (1975), 17 *R. can. crim.* 45, p. 49. Dans un document de travail récent, la New South Wales Law Reform Commission, *op. cit.*, note 12, p. 466, a exprimé l'opinion que l'aide juridique a sans doute augmenté l'incidence des négociations de plaidoyers en Australie.

16. Comme on l'a souligné, toutefois, les tribunaux canadiens ont très rarement exprimé des opinions sur la pratique de la négociation du plaidoyer (voir S.N. VERDUN-JONES et F.D. COUSINEAU, «Cleansing the Augean Stables: A Critical Analysis of Recent Trends in the Plea Bargaining Debate in Canada» (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 227, p. 235, et les commentaires sur la jurisprudence publiée, pp. 240-242; P.C. STENNING, *Appearing for the Crown*, Cowansville (Qc), Brown Legal Publications, 1986, p. 250 et l'étude de la jurisprudence publiée, pp. 250-251; S.N. VERDUN-JONES et A.J. HATCH, «La transaction de plaidoyers au Canada : Quelques remarques préliminaires en vue de la réforme en matière de détermination de la peine», dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *La détermination de la peine*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1987, 71, p. 82, et l'étude de la jurisprudence publiée, pp. 82-83). Un juge de la Cour provinciale de l'Ontario a récemment exprimé son opinion au sujet de la négociation du plaidoyer; voir D. VANEK, «Prosecutorial Discretion» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219, p. 235. Dans la récente décision *R.* c. *Commisso* (1988), 3 W.C.B. (2d) 358 (Cour de district de l'Ont.), le juge Borins a déclaré (p.15 du texte original du jugement) qu'il n'y avait rien de répréhensible à ce que la poursuite et la défense concluent une entente sur le plaidoyer, que [TRADUCTION] «[l]es négociations et ententes sur le plaidoyer sont maintenant un élément reconnu et essentiel du système judiciaire pénal au pays» et que «[s]ur le plan administratif, le système judiciaire pénal en est venu à dépendre des plaidoyers de culpabilité et, partant, des négociations et ententes sur le plaidoyer».

17. Vu les recommandations que nous présentons ici, pour la réglementation de la négociation du plaidoyer, nous nous situons dans la catégorie des «partisans du maintien» avec certaines réserves. On trouvera un excellent exposé des arguments militant pour et contre la négociation du plaidoyer dans G.A. FERGUSON et D.W. ROBERTS, «Plea Bargaining: Directions for Canadian Reform» (1974), 52 *R. du B. can.* 497. Tout au long du présent document de travail, on citera cet article, à l'origine un document d'étude préparé pour notre Commission. Voir également P. THOMAS, «An Exploration of Plea Bargaining», [1969] *Crim. L.R.* 69; D.W. PERRAS, «Practice Note: Plea Negotiations» (1979-80), 44 *Sask. L. Rev.* 143;

habituellement la pratique de la négociation du plaidoyer, du moins en premier lieu, par des motifs de commodité et d'économie. Si l'on interdit les discussions et les ententes sur le plaidoyer, avancent-ils, notre système judiciaire pénal, déjà surchargé, finira par être irrémédiablement paralysé. Le nombre de procès en bonne et due forme résultant de l'augmentation des plaidoyers de non-culpabilité entraînerait le chaos[18]. Il faut cependant avouer que, dans notre pays, le caractère indispensable de la négociation du plaidoyer reste encore à démontrer. Bien sûr, il nous semble très vraisemblable que cette pratique contribue à l'allégement du rôle des juridictions pénales canadiennes[19], mais il est douteux que l'on puisse établir par des données empiriques qu'elle est absolument nécessaire[20]. Et même si l'on parvenait à prouver d'une manière irréfutable que, par exemple, sans négociation des plaidoyers, le nombre de cas où l'accusé plaide non coupable constituerait une pression intolérable sur le système (hypothèse du reste douteuse[21]), il ne s'ensuivrait pas nécessairement que cette pratique est le seul moyen d'améliorer la situation[22]. En effet, d'autres mesures ont été suggérées : intensification de la déjudiciarisation, instauration de pratiques plus efficaces en matière de poursuites et d'instruction, augmentation des crédits affectés au système de justice pénale, qui pourraient s'avérer suffisantes pour régler le «problème du nombre[23]».

L.R. GENOVA, «Plea Bargaining: In the End, Who Really Benefits?» (1981), 4 *Can. Criminology Forum* 30; P. CLARK, «The Public Prosecutor and Plea Bargaining» (1986), 60 *Aust. L.J.* 199.

18. Cet argument est étudié dans FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 520-525; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 3, p. 53; L.S. GOULET, «Prosecutorial Discretion», dans S.E. OXNER (dir.), *Criminal Justice: Papers prepared for presentation at the Canadian Institute for the Administration of Justice Conference on Criminal Justice held at Halifax, October 28, 29 and 30, 1981*, Toronto, Carswell, 1982, 45, pp. 50–51. Voir également A.W. MACKAY, «The Influence of the Prosecutor: Plea Bargaining, Stays of Proceedings, Controlling the Process», dans OXNER, *op. cit.*, 69, p. 74; «Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion», *loc. cit.*, note 5, pp. 301-302.

19. Selon P.H. SOLOMON, JR., *Criminal Justice Policy, From Research to Reform*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 46, cependant, la négociation du plaidoyer peut accroître les retards dans le dénouement des affaires pénales. Cette possibilité est importante, si l'on se rappelle la justification de la négociation du plaidoyer formulée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Santobello* c. *New York*, 404 U.S. 257 (1971), pp. 260-261. [TRADUCTION] «Correctement appliquée», a déclaré la Cour, la négociation du plaidoyer «entraîne un règlement rapide et le plus souvent définitif de la plupart des affaires pénales; elle permet d'éviter dans une large mesure l'effet extrêmement néfaste de l'inactivité forcée pendant la détention préalable au procès, pour les personnes à qui l'on refuse une mise en liberté provisoire; cela protège le public contre les accusés qui risquent de poursuivre leurs activités criminelles, même lorsqu'ils sont en liberté avant le procès; enfin, en raccourcissant la période qui s'écoule entre l'accusation et la décision finale, cela accroît les perspectives de réinsertion sociale des personnes coupables qui sont finalement emprisonnées».

20. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 521; M. HALBERSTAM, «Towards Neutral Principles in the Administration of Criminal Justice : A Critique of Supreme Court Decisions Sanctioning the Plea Bargaining Process» (1982), 73 *J. Crim. L. and Criminology* 1, pp. 35-45.

21. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 521-524. Voir également les études citées dans F.D. COUSINEAU et S.N. VERDUN-JONES, «Evaluating Research into Plea Bargaining in Canada and the United States: Pitfalls Facing the Policy Makers» (1979), 21 *R. can. crim.* 293, p. 299. Voir en outre HALBERSTAM, *loc. cit.*, note 20, pp. 35-45.

22. Voir RATUSHNY, *loc. cit.*, note 12, pp. 238-239; HALBERSTAM, *loc. cit.*, note 20, pp. 40-45.

23. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 523-524; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 3, p. 53. Voir également «Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion», *loc. cit.*, note 5, p. 302, cité par RATUSHNY, *loc. cit.*, note 12, p. 239.

Les partisans de l'abolition, en revanche, ont tendance à considérer la pratique de la négociation du plaidoyer comme inutile, répréhensible et dégradante pour notre système de justice pénale; on lui a notamment reproché d'être — ou de sembler — irrationnelle, inéquitable et secrète, et partant de favoriser les tractations et les accommodements louches[24].

L'attitude du public canadien à l'égard de la négociation du plaidoyer est également instructive. Dans un sondage réalisé récemment à l'échelle nationale pour la Commission par Gallup Canada Inc., plus de soixante-huit pour cent des personnes interrogées (et plus de soixante-dix-neuf pour cent des répondants ayant exprimé une opinion) ont déclaré désapprouver fortement, d'une manière générale, la pratique de la «négociation du plaidoyer», telle que nous l'avions définie. L'analyse des réponses aux questions relatives à diverses situations hypothétiques indique que la négociation du plaidoyer tend d'une manière générale à diminuer la confiance (déjà faible[25]) du public quant à la suffisance des peines infligées[26].

On peut donc dire sans risque de se tromper que la négociation du plaidoyer n'est en général pas très bien vue par le public[27]. Et comme il s'agit dans une large mesure d'une pratique non réglementée[28], elle a pu donner lieu à des abus. Toutefois, après avoir étudié la question d'une manière approfondie et avoir pris en considération des études récentes traitant des effets que pourraient avoir les tentatives d'abolition, nous ne sommes pas convaincus que la suppression (opposée à la réglementation) soit la meilleure solution. Ainsi, dans son récent rapport intitulé *Réformer la sentence*, la

24. On trouvera un résumé des divers arguments qui peuvent être invoqués en ce sens dans FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17. Pour une condamnation relativement récente de la pratique (où l'on résume des critiques antérieures), et un examen détaillé des solutions de rechange aux États-Unis, voir A.W. ALSCHULER, «Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System» (1983), 50 *U. Chi. L. Rev.* 931.

25. Dans notre sondage, 69 % des personnes interrogées ont exprimé l'avis que les peines prononcées par les tribunaux canadiens ne sont généralement pas assez sévères. Seulement 20,9 % estimaient que les peines sont d'une manière générale opportunes, et seulement 1,4 %, qu'elles sont en général trop sévères. La question relative à la sévérité des peines a été posée à cinq groupes différents, dont chacun s'était vu présenter un scénario différent décrivant une poursuite hypothétique dans laquelle l'accusé avait plaidé coupable à l'égard d'une infraction (la même pour chaque scénario) et où une deuxième accusation (ici encore, la même pour chaque scénario) a été retirée. Dans quatre des scénarios, une certaine forme de négociation sur le plaidoyer avait eu lieu; dans l'autre, aucune négociation n'avait eu lieu. Fait digne de mention, l'opinion que les peines étaient trop clémentes était nettement plus fréquente parmi les personnes à qui l'on avait antérieurement présenté l'un des scénarios comportant une négociation du plaidoyer. Voir l'annexe B.

26. On nous a parlé d'une autre recherche empirique révélant que la négociation du plaidoyer risque de porter atteinte au respect des victimes de crimes et des délinquants envers notre système judiciaire. Voir le rapport préliminaire de M. BARIL, M.-M. COUSINEAU, S. GRAVEL et N. PRIMEAU, *La pratique de la négociation de plaidoyer au palais de justice de Montréal*, Université de Montréal, Centre international de criminologie comparée, inédit, 1989, pp. 193-194.

27. Voir NATIONAL DISTRICT ATTORNEYS ASSOCIATION, *National Prosecution Standards*, Chicago, National District Attorneys Association, 1977, p. 214.

28. Sur le plan de la législation fédérale, il existe comme l'ont indiqué certains commentateurs des limites quant aux types d'ententes pouvant être conclues. Voir par exemple, *Code criminel* L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 119, 120 et 139 (ancienn. art. 108, 109 et 127), dont il est question dans A.D. KLEIN, «Plea Bargaining» (1971-1972), 14 *Crim. L.Q.* 289, pp. 291-292, et S.A. COHEN, *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice*, Toronto, Carswell, 1977, p. 179.

Commission canadienne sur la détermination de la peine a fait allusion à des études suivant lesquelles on s'exposerait à des difficultés[29] si l'on tentait d'abolir la négociation du plaidoyer. Par exemple, l'interdiction des négociations touchant les chefs d'accusation pourrait avoir pour résultat d'encourager les juges à s'engager dans une forme tacite de négociation au sujet de la détermination de la peine[30]. Comme nous l'avons dit dans notre document sur les poursuites pénales, nous croyons qu'il faut éviter à tout prix la participation directe des juges à la négociation du plaidoyer[31]. S'appuyant sur des recherches où l'on avait conclu qu'une certaine latitude est un élément indispensable du système de justice pénale et que la négociation du plaidoyer permet de réaliser un certain dosage entre les divers objectifs (parfois contradictoires)

---

29. *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (J.R.O. Archambault, président), Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 458, où l'on mentionne des études de Church (sans doute T. CHURCH, «Plea Bargains, Concessions and the Courts: Analysis of a Quasi-Experiment» (1975-1976), 10 *L. & Soc. Rev.* 377) et de McCoy (sans doute C. MCCOY, «Determinate Sentencing, Plea Bargaining Bans, and Hydraulic Discretion in California» (1984), 9 *Justice System J.* 256), citées dans S.N. VERDUN-JONES et A.J. HATCH, *Plea Bargaining and Sentencing Guidelines*, Ottawa, Commission canadienne sur la détermination de la peine, 1985, pp. 9-11. Voir également VERDUN-JONES et HATCH, *loc. cit.*, note 16, pp. 99-106. Voir en outre D. COUSINEAU, *Sanctions légales et dissuasion* (étude effectuée pour la Commission canadienne sur la détermination de la peine), Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1988, pp. 129-135.

30. Voir CHURCH, *loc. cit.*, note 29; SOLOMON, *op.cit.*, note 19, pp. 47-48.

31. *Op. cit.*, note 3, p. 54. On a cherché à déterminer où se situent les limites des discussions sur la peine, préalablement au plaidoyer, entre le juge et l'avocat de la défense dans les affaires suivantes : *R.* c. *Turner*, [1970] 2 All E.R. 281 (C.A.); *R.* c. *Brook*, [1970] *Crim. L.R.* 600 (C.A.); *R.* c. *Inns*, [1975] *Crim. L.R.* 182 (C.A.); *R.* c. *Plimmer*, [1975] *Crim. L.R.* 730 (C.A.); *R.* c. *Cain*, [1976] *Crim. L.R.* 464 (C.A.) et «Practice Direction: *R.* c. *Cain*» [1976] *Crim. L.R.* 561 (C.A.), cités dans NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 12, pp. 467 et 501, n. 33, VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, p. 249, n. 97 et P.K. MCWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, 2e éd., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1984, p. 418. Voir également : *R.* c. *Grice* (1977), 66 Cr. App. R. 167 (C.A.); *R.* c. *Ryan* (1977), 67 Cr. App. R. 177 (C.A.); *R.* c. *Bird* (1977), 67 Cr. App. R. 203 (C.A.); *R.* c. *Llewellyn* (1978), 67 Cr. App. R. 149 (C.A.); *R.* c. *Atkinson* (1977), 67 Cr. App. R. 200 (C.A.); *R.* c. *Howell*, [1978] *Crim. L.R.* 239 (C.A.); *R.* c. *Winterflood* (1979), 68 Cr. App. R. 291 (C.A.); *R.* c. *Coward* (1979), 70 Cr. App. R. 70 (C.A.); la plupart de ces décisions sont citées par la NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 12, pp. 472 et 502, n. 50. Consulter également *R.* c. *Deary*, [1977] *Crim. L.R.* 47, cité par VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, p. 249, n. 97; *R.* c. *Quartey*, [1975] *Crim. L.R.* 592 (C.A.); *R.* c. *Cullen* (1984), 81 Cr. App. R. 17 (C.A.); *R.* c. *Marshall*, [1981] V.R. 725 (S.C.). Ces décisions (et d'autres aussi) sont discutées dans J. BALDWIN et M. MCCONVILLE, «Plea Bargaining and the Court of Appeal» (1979), 6 *Brit. J. Law and Society* 200. Dans *R.* c. *Wood* (1975), 26 C.C.C. (2d) 100 à la p. 108, le juge McDermid, de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, déclare : [TRADUCTION] «Le juge ne devrait participer à aucune discussion sur la peine avant que l'accusé ait plaidé coupable ou non coupable, et que toutes les circonstances relatives à l'affaire lui aient été présentées; alors, après avoir écouté les observations des avocats, il devrait rendre sa décision. Participer à des discussions sur la peine avant le plaidoyer de l'accusé constituerait un grave manquement à ses devoirs». Plus récemment, dans l'affaire *R.* c. *Dubien* (1982), 27 C.R. (3d) 378, p. 383, le juge en chef adjoint MacKinnon a déclaré, en rendant jugement au nom de la Cour d'appel de l'Ontario :

> [TRADUCTION]
> En toute déférence pour l'opinion d'un juge d'une grande expérience et d'une grande compétence, j'estime qu'il n'est pas opportun qu'un juge prenne activement part aux discussions sur la peine avant le plaidoyer de l'accusé, ni qu'il encourage indirectement l'accusé à plaider coupable, en indiquant quelle sera la peine prononcée. En l'espèce, il était évident que la peine serait la même, que l'intimé modifie son plaidoyer ou non, et le juge de première instance n'a quant à lui aucunement laissé entendre que la peine serait moins sévère si l'intimé modifiait son plaidoyer et plaidait coupable. Le juge du procès ne peut déterminer la peine opportune qu'après avoir entendu toute la preuve pertinente en audience publique sur l'affaire et entendu les observations des avocats.

poursuivis, la Commission sur la détermination de la peine s'est déclarée d'avis que l'amélioration du processus (transparence plus grande, responsabilité accrue des participants), est un objectif plus réaliste que l'abolition[32]. Cet objectif s'accorde en outre, à notre avis, avec les idées exprimées dans le cadre de la Révision du droit pénal, qui revêtent un caractère à la fois pragmatique mais raisonné. Dans son énoncé de politique, *Le Droit pénal dans la société canadienne*[33], le gouvernement du Canada a en effet conclu sans ambages que la négociation du plaidoyer n'est pas en soi incompatible avec les principes fondamentaux qu'il a dégagés. Plutôt que de condamner cette pratique, il a formulé l'espoir que des directives soient élaborées en la matière à l'intention des procureurs de la Couronne, l'objectif général consistant à surveiller l'exercice des pouvoirs discrétionnaires et, partant, à favoriser la responsabilité et l'égalité de traitement dans le processus pénal[34].

À notre avis, ce serait une erreur d'écarter la négociation du plaidoyer en la tenant pour une pratique critiquable, rendue nécessaire seulement à cause de l'encombrement du système judiciaire pénal. En soi, cette pratique n'a rien de honteux; et sur le plan théorique, il ne faut pas y voir une dérogation aux principes reconnus. Correctement appliquée, elle devrait au contraire être considérée comme l'expression et la rencontre de deux principes complémentaires, soit ceux de l'efficacité et de la modération. L'efficacité, il importe de le souligner, ne renvoie pas simplement ici aux notions de commodité et d'économie. Car ainsi que nous l'avons fait valoir dans notre récent rapport intitulé *Notre procédure pénale*[35], le principe de l'efficacité favorise (notamment) l'exactitude. S'agissant de négociation du plaidoyer, l'exactitude suppose en règle générale que l'infraction à l'égard de laquelle l'accusé accepte de plaider coupable corresponde effectivement aux faits (dans la mesure où ils peuvent être prouvés)[36] et que la peine que le poursuivant s'engage à recommander (ou à laquelle il promet de ne pas s'opposer) soit justifiable selon les principes établis[37]. Par ailleurs, il faut reconnaître au sujet de l'efficacité que le concept de coût a une dimension morale et humaine, et non pas seulement pécuniaire[38]. Qui plus est, la modération ne doit pas être confondue avec la faiblesse en matière de poursuites. Dans notre document de travail intitulé *La déjudiciarisation*, nous avons déclaré sans équivoque que «[l]à aussi

---

32. *Op. cit.*, note 29, p. 458. Sur le caractère indispensable ou non de la négociation du plaidoyer, voir S.J. SCHULHOFER, «Is Plea Bargaining Inevitable?» (1984), 97 *Harv. L. Rev.* 1037, pp. 1037-1046.

33. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982.

34. *Id.*, pp. 74-75. Voir *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, pp. 447-448.

35. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre procédure pénale*, Rapport n° 32, Ottawa, CRD, 1988, pp. 26-27.

36. Sur la pertinence de la justesse des accusations dans la négociation du plaidoyer, voir A. BRANNIGAN et J.C. LEVY, «The Legal Framework of Plea Bargaining» (1983), 25 *R. can. crim.* 399, p. 407.

37. Voir Note, «Restructuring the Plea Bargain» (1972), 82 *Yale L.J.* 286, p. 289, cité par FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 526.

38. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op.cit.*, note 35, p. 26. Voir également sur cette question l'analyse de M. BAYLES, «Principles for Legal Procedure» (1986), 5 *Law and Philosophy* 33, pp. 45-50.

[en matière de poursuites] le principe de mesure devrait être appliqué[39]». Nous avons ajouté, cependant, que si «[d]e tels accords de conciliation correspondent parfaitement au principe de mesure[40]», «il convient encore, au nom de la justice et de l'équité, d'en jeter les bases de manière rationnelle et organisée[41]». Or, ce qui était vrai à propos de la déjudiciarisation l'est tout autant pour la négociation du plaidoyer.

D'autre part, les compromis en matière de poursuites ne devraient pas nécessairement être tenus pour des moyens de «tromper» la justice[42]. Si la poursuite de tel ou tel accusé, sans négociation du plaidoyer, entraîne une condamnation pour un nombre plus grand d'infractions, ou pour une infraction plus grave que celle dont l'accusé aurait été disposé à s'avouer coupable (et entraîne une condamnation plus sévère que la peine qui aurait autrement pu être prononcée), cela signifie-t-il forcément que les intérêts de la justice ont été correctement servis? Souvent, croyons-nous, la tenue d'un procès en bonne et due forme constitue une épreuve qui peut comporter sa propre injustice[43]. Pensons par exemple aux effets qu'un procès pénal vigoureusement contesté est susceptible d'avoir sur la victime de l'infraction. Bien sûr, certains mécanismes tendent à réduire les souffrances des victimes qui deviennent témoins dans les procès relatifs à certaines infractions[44]. Mais l'attente du procès, le fait d'y participer, de témoigner, de subir des contre-interrogatoires serrés et parfois très longs, sont des expériences qu'il y aurait peut-être lieu d'épargner à certaines victimes[45]. À notre avis, la possibilité pour elles d'échapper à l'obligation de déposer au procès ne devrait pas reposer entièrement sur la générosité spontanée de l'accusé[46].

---

39. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La déjudiciarisation*, Document de travail n° 7, Ottawa, Information Canada, 1975, p. 10.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

42. Au sujet des avantages, du point de vue de l'accusé et de l'avocat de la défense, de la négociation du plaidoyer sur le plan de la procédure, voir SOLOMON, *op. cit.*, note 19, p. 48.

43. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Principes directeurs : Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal*, Rapport n° 2, Ottawa, Information Canada, 1976, pp. 15-16, où nous avons recommandé que, en vue du règlement préalable au procès, il y soit tenu compte notamment du fait que «le procès et la condamnation peuvent causer un tort injustifié à la victime ou au délinquant, ou donner lieu à des coûts sociaux excessifs».

44. Voir par exemple *Code criminel*, art. 276, 277, 486. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 540-541.

45. Voir NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 12, pp. 458, 461 et 473, où l'on évoque de semblables justifications.

46. Cela ne devrait pas non plus dépendre de l'intervention du juge dans la négociation du plaidoyer. Voir *R.* c. *Grice*, précité, note 31.

CHAPITRE PREMIER

La nécessité d'une réforme

Les membres de la magistrature et les avocats (de la poursuite et de la défense) que nous avons consultés nous ont dit à maintes reprises que le système actuel fonctionne bien et que les erreurs sont remarquablement rares. Nous n'avons aucune raison de mettre en cause le jugement des utilisateurs du système, mais nous savons, pour avoir visité diverses régions du pays, que s'il fonctionne correctement, il est néanmoins appliqué de façon très inégale d'un endroit à l'autre.

Lorsque les juges et les avocats nous disent que le système fonctionne bien, ils décrivent au fond plusieurs réalités distinctes. En fait, les modalités d'application diffèrent sensiblement selon la juridiction, voire selon le juge au sein d'une même juridiction.

On nous dit que les erreurs sont extrêmement rares; que faut-il penser de cette affirmation? Dans un tel système, quel est le degré acceptable d'erreur? Dans le domaine de la négociation du plaidoyer, ces questions prêtent à la controverse. Un nombre relativement restreint de cas d'abus ou de négligence ont été signalés, c'est exact. Mais ce pourrait être simplement que la négociation du plaidoyer se pratique sous le sceau du secret et suppose la participation des personnes mêmes qui détiennent les pouvoirs. La décision de ne pas porter plainte devant les tribunaux relativement à cette pratique peut tenir à toutes sortes de motifs, dont certains risquent d'être étrangers au fond de l'affaire.

En se disant satisfaites de la façon dont le système fonctionne, les personnes consultées semblent croire à un certain consensus sur ses modalités d'application et sur la légalité de celles-ci. Or à notre avis, certains aspects de la négociation du plaidoyer, telle qu'elle est actuellement pratiquée dans certaines régions du pays, sont d'une légalité douteuse ou pour le moins discutable. Faut-il par exemple tenir pour légale une entente sur le plaidoyer conclue avec la participation active d'un juge qui, discutant à huis clos avec les avocats, ne se borne pas à indiquer la gamme des peines prévues mais précise celle qu'il juge acceptable? Quelle forme l'intervention judiciaire peut-elle légalement revêtir et quelles sont ses limites? On ne peut répondre d'une façon précise à ces questions : d'une part, il n'existe pas de dispositions législatives régissant cette pratique et d'autre part, les juridictions supérieures n'ont pas établi de principes en la matière.

Certains juges, nous a-t-on dit, refusent de participer à la négociation du plaidoyer en mettant en cause la moralité de la chose, voire sa légalité. Et les doutes que soulève cette pratique sur le plan éthique tiennent principalement, selon nous, à ce qu'il est très difficile de formuler avec quelque assurance les règles de droit qui la régissent, puisqu'elles ne sont codifiées nulle part. Les règles actuelles, qui proviennent à la fois de la common law, des habitudes locales et des canons d'éthique professionnelle, regorgent de lacunes et de contradictions. L'incertitude qui résulte de l'absence de choix politiques sur la question ouvre à son tour la voie aux controverses. Il s'agit là d'une situation malsaine. Il faudrait faire face aux choix politiques qui s'imposent. Si cette pratique doit être maintenue, il est temps qu'elle obtienne la caution du législateur. Les normes d'application légales et morales qui doivent gouverner ce secteur du droit devraient être en harmonie. Les juges ne devraient certainement pas avoir à se demander, à propos d'un mécanisme du processus judiciaire bien connu et fréquemment utilisé, s'il présente des vices sur le plan juridique ou si sa valeur morale est douteuse.

Pour notre part, nous estimons que la négociation du plaidoyer peut jouer un rôle légitime dans le contexte d'un système de justice pénale conforme à la morale et à la réalité, d'où notre réticence à préconiser son abolition totale. Nous pensons toutefois qu'il faudra s'attaquer à un certain nombre de problèmes de fond, afin de concilier le côté pratique et la conformité aux principes. Nous croyons en particulier que le processus devrait être revêtu d'une plus grande transparence et qu'il devrait être l'objet d'un contrôle judiciaire. Il faudrait en outre veiller à ce que les plaidoyers ne découlent pas d'incitations condamnables, et vérifier la justesse et la conformité avec les faits des plaidoyers obtenus par la négociation. Il y aurait lieu, enfin, de viser d'une manière générale à ce que les accusés soient tous traités également, et à ce que les ententes en matière d'aveu soient en règle générale tenues pour exécutoires.

I. La transparence

Parmi les critiques formulées à propos de la négociation du plaidoyer telle qu'elle s'est pratiquée jusqu'ici, les plus sérieuses ont sans doute trait à l'atmosphère de secret qui l'entoure[47]. Le public a tendance à regarder d'un œil soupçonneux et cynique les marchés conclus en privé, si respectables puissent-ils être en soi[48]. Quant aux juges qui les ratifient, ils risquent d'être considérés soit comme des dupes[49], soit comme des

47. Voir MACKAY, *loc. cit.*, note 18, p. 74. On trouvera une étude intéressante où sont décrites les opinions des journalistes sur la question du secret des négociations sur le plaidoyer dans G. TREMBLAY, *Recherche sur les stratégies et pratiques des médias en matière d'information judiciaire* (étude effectuée pour la Commission canadienne sur la détermination de la peine), Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1988, pp. 24-26.

48. Voir LAW REFORM COMMISSION OF AUSTRALIA, *Sentencing of Federal Offenders*, Rapport provisoire n° 15, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1980, par. 125, p. 83.

49. Dans notre sondage national (voir l'annexe B), on a présenté aux participants l'un des cinq scénarios décrivant une poursuite pénale hypothétique, puis on les a interrogés. Un scénario dans lequel les négociations sur le plaidoyer avaient entraîné la présentation conjointe d'observations sur la peine, a amené une plus grande proportion de répondants à présumer que le poursuivant n'avait pas soumis au

participants à une vaste mystification. Le caractère secret du processus peut avoir, on le voit, des conséquences véritablement graves : le manque de respect pour le système judiciaire, justifié ou non, attaque les fondements mêmes de la primauté du droit.

On a fait récemment état du problème du secret (et de l'importance de la transparence) dans une décision de la Cour provinciale de l'Ontario traitant sur le plan hypothétique des ententes qui semblent obliger le ministère public à [TRADUCTION] «s'abstenir de présenter des éléments de preuve[50]» sur des questions susceptibles d'être considérées comme pertinentes par le tribunal pour la détermination de la peine[51]. Ainsi, dans l'affaire *R.* c. *J.E.J.*[52], le juge Nadeau de la Cour provinciale a déclaré sans ambages que [TRADUCTION] «[l]orsque le ministère public tait à dessein des circonstances qui forcément aggravent l'infraction, afin de convaincre le tribunal de la suffisance d'une inculpation qu'il s'est engagé, par suite de négociations avec l'avocat de l'accusé, à présenter comme appropriée, il manque à ses obligations à l'endroit du tribunal et de la collectivité[53]». Dans de telles circonstances, a poursuivi le juge, [TRADUCTION] «[i]l réduit la détermination de la peine à un processus dans lequel les victimes, leur famille et la collectivité ne pourront voir qu'un artifice érigé en système, dans lequel le rôle du tribunal se limite à approuver symboliquement la peine jugée acceptable pour elles par les avocats, à la faveur de négociations secrètes[54]». De l'avis du juge, «[o]n ne saurait dire que dans un tel cas, le ministère public a agi d'une manière qui s'accorde avec l'esprit du processus pénal ou avec la notion de justice au sein de la collectivité[55]».

Dans son récent rapport, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a recommandé l'instauration d'un régime dans lequel, d'une manière générale, les éléments de toute entente sur le plaidoyer et les motifs pour lesquels elle a été conclue devraient être divulgués publiquement devant le tribunal[56]. À cette occasion, la Commission sur la détermination de la peine a fait valoir qu'une plus grande

---

juge tous les renseignements pertinents, que le scénario dans lequel il n'y avait pas eu de négociations sur le plaidoyer. Toutefois, dans le cas des scénarios où il était clairement indiqué que le juge avait été mis au fait des motifs de l'entente sur le plaidoyer (voir la recommandation 12), les répondants n'ont pas eu cette opinion dans une proportion significativement plus grande que pour le scénario dans lequel aucune négociation n'avait eu lieu.

50. *R.* c. *J.E.J.* (1987), 2 W.C.B. (2d) 65 (C. prov. Ont.), le juge Nadeau, p. 16 de l'original du jugement.

51. Voir également la discussion dans «Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion», *loc. cit.*, note 5, p. 305. Voir aussi l'analyse présentée dans *The Dewar Review: A report prepared by the Honourable A.S. Dewar at the request of the Attorney-General of Manitoba*, inédit, octobre 1988, annexe C, pp. 10, 11, 13 et 15.

52. Précitée, note 50.

53. *Id.*, p. 18 de l'original du jugement.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. *Op. cit.*, note 29, recommandation 13.9 et commentaire y afférent, p. 467. Au sujet de la divulgation, voir l'étude présentée dans *The Dewar Review*, *op. cit.*, note 51, pp. 52 et 80.

transparence contribuerait à accroître la confiance du public dans le système judiciaire[57]. C'est aussi notre avis. Le sondage[58] que nous avons commandé tend à confirmer, par exemple, que les gens sont plus disposés à croire qu'une peine infligée à la suite d'un plaidoyer négocié et d'une proposition conjointe sera appropriée s'ils sont certains que le juge a été mis au fait, en audience publique, du processus par lequel l'entente a été conclue. On semble en outre davantage disposé, dans de telles circonstances, à faire confiance au juge, à croire qu'il agira d'une manière correcte et équitable.

Selon nous, les décisions justes et rationnelles sont davantage susceptibles d'être *tenues pour telles* lorsque leurs fondements, les faits qui en sont à l'origine ont été divulgués sans restrictions[59]. Et comme nous l'avons fait valoir dans notre récent document de travail intitulé *L'accès du public et des médias au processus pénal*[60], la probabilité que les décisions des acteurs du procès pénal soient *en réalité* équitables et rationnelles est plus forte lorsque le public peut en examiner les tenants et aboutissants[61]. La transparence du processus, comme nous l'observions dans *Notre procédure pénale*, contribue en effet à favoriser la responsabilité[62].

En revanche, il peut être inopportun dans certains cas de divulguer publiquement les détails des négociations relatives au plaidoyer[63]. Dans l'affaire *R.* c. *Turner*[64], par exemple, la Cour d'appel de l'Angleterre (Division criminelle), tout en reconnaissant que [TRADUCTION] «autant qu'il est possible, la justice doit être administrée publiquement», a précisé qu'une exception pourrait être admise lorsque «l'avocat de la défense pourrait souhaiter, afin d'obtenir une atténuation de la peine, dire au juge que l'accusé n'a plus longtemps à vivre, qu'il est atteint de cancer par exemple, et qu'il ne doit pas être mis au courant[65]». Tout en nous abstenant d'exprimer une opinion sur le

---

57. Voir également NATIONAL DISTRICT ATTORNEYS ASSOCIATION, *op. cit.*, note 27, p. 217, au sujet de la nécessité de la transparence dans le domaine de la négociation sur le plaidoyer.

58. Voir l'annexe B.

59. Voir C.C. RUBY, *Sentencing*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1987, p. 87.

60. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'accès du public et des médias au processus pénal*, Document de travail n° 56, Ottawa, CRD, 1987, p. 16.

61. Voir MACKAY, *loc. cit.*, note 18, p. 75; l'auteur avance que le contrôle judiciaire des négociations sur le plaidoyer devrait favoriser le traitement équitable des accusés.

62. *Op. cit.*, note 35, p. 30. Sur l'importance de la transparence, voir les remarques du juge d'appel Branca (qui ne portaient pas sur la négociation du plaidoyer) dans *R.* c. *Johnson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 439 (C.A. C.-B.), p. 453.

63. Voir RUBY, *op. cit.*, note 59, p. 87.

64. Précitée, note 31.

65. *Id.*, le juge Parker, p. 285. Voir cependant *The Queen* c. *Tait and Bartley* (1979), 24 A.L.R. 473 (F.C.), commenté par la LAW REFORM COMMISSION OF AUSTRALIA, *op. cit.*, note 48, par. 124, pp. 81-83. Voir aussi J.E. ADAMS, «The Second Ethical Problem in *R.* v. *Turner*; the Limits of an Advocate's Discretion», [1971] *Crim. L.R.* 252. Certaines décisions canadiennes donnent à penser que les renseignements de nature médicale pertinents au regard de la peine devraient habituellement être présentés en audience publique et en présence de l'accusé : voir *R.* c. *Carey* (1951), 102 C.C.C. 25 (C.A. Ont.); *R.* c. *Bezeau* (1958), 122 C.C.C. 35 (C.A. Ont.), toutes deux citées dans «Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion», *loc. cit.*, note 5, p. 308, n. 13. D'après certaines décisions, toutefois, il pourrait être justifié dans certaines circonstances de ne pas dévoiler à l'accusé certains

bien-fondé de cette exception (car la situation, de toute façon, est à coup sûr très rare), nous reconnaissons que la transparence peut avoir certaines limites. De même, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a conclu dans son rapport que la divulgation publique pouvait ne pas être indiquée dans certaines circonstances. Elle a évoqué par exemple les situations dans lesquelles le fait de rendre publics les rapports existant entre la police et l'accusé risquerait de mettre celui-ci ou d'autres personnes en danger[66]. Elle a par conséquent recommandé que, en ce qui a trait à la divulgation publique des motifs expliquant les ententes sur le plaidoyer, une exception soit établie pour les cas où l'intérêt public exige que la divulgation ait lieu dans le cabinet du juge[67]. Pour l'essentiel, nous souscrivons à cette proposition. Mais pour les raisons exposées dans *L'accès du public et des médias au processus pénal*, il y aurait lieu selon nous de formuler cette exception d'une façon plus rigoureuse, de telle sorte qu'elle serait applicable seulement lorsqu'elle répond à un besoin impérieux (par exemple, lorsqu'une divulgation pleine et entière devant le tribunal risquerait vraisemblablement de causer un préjudice grave à l'accusé ou à une autre personne).

II. Le contrôle judiciaire

Nous proposons que le législateur sanctionne l'obligation de justifier les ententes sur le plaidoyer, obligation qui s'inscrirait dans un ensemble de mesures visant à une surveillance judiciaire plus étroite des actes accomplis par le poursuivant et l'avocat de la défense en vue de la conclusion de telles ententes[68]. Un meilleur contrôle judiciaire devrait notamment contribuer à apaiser les inquiétudes de ceux pour qui la négociation du plaidoyer risque de pervertir le rôle des avocats de la Couronne et de la défense au sein du système accusatoire. Telle qu'on la pratique à l'heure actuelle, par exemple, la négociation permet effectivement au poursuivant d'exercer les fonctions juridictionnelles du tribunal[69]. L'argument nous paraît quelque peu exagéré. Ainsi, le tribunal ne peut

---

renseignements de nature médicale qui normalement n'entraîneraient pas la condamnation à une peine plus sévère : voir *R.* c. *Benson and Stevenson* (1951), 100 C.C.C. 247 (C.A. C.-B.). Au sujet de la divulgation des renseignements pertinents au regard de la peine, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 43, pp. 41-44, 69. Sur l'obligation de l'avocat touchant la divulgation à son client de renseignements de nature médicale qui le concernent, voir, *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (H. Krever, commissaire), Toronto, Queen's Printer, 1980, vol. II, p. 515.

66. *Op. cit.*, note 29, p. 467. Voir également «Manitoba makes plea bargaining public», *Vancouver Sun*, le 2 juin 1977, cité dans D.F. COUSINEAU, S.N. VERDUN-JONES et autres, «Setting Standards for Canadian Criminal Courts: The Case of Plea Bargaining» (non publié, 1977). *Cf. R.* c. *Douglas* (1977), 1 C.R. (3d) 238 (C.A. Ont.).

67. *Op. cit.*, note 29, recommandation 13.9, p. 467. Au sujet des suggestions relatives à la peine et de la transparence (ainsi que des exceptions éventuelles à la règle), voir G. GARSON, «Criminal Pre-Trial Procedure in the Provincial Courts of Manitoba» (1980), 17 C.R. (3d) 371, p. 382.

68. Sur l'importance et les avantages du contrôle judiciaire en cette matière, voir C.T. GRIFFITHS, J. KLEIN et S.N. VERDUN-JONES, *Criminal Justice in Canada: An Introductory Text*, Vancouver, Butterworths, 1980, p. 165. Voir aussi B.A. GROSMAN, *The Prosecutor: An Inquiry into the Exercise of Discretion*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, pp. 102-104.

69. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 526, 547, 55[illegible]. Voir aussi E. VAN DEN HAAG, «Limiting Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion» (1984-1985), 15 *Cum. L. Rev.* 1, p. 18.

manifestement être lié par les ententes conclues entre la poursuite et la défense au sujet de la peine[70]. Et selon les dispositions actuelles du *Code criminel*, le juge qui préside le procès peut être fondé à refuser d'accepter un plaidoyer de culpabilité relatif à toute autre infraction que celle qui est reprochée[71]. Dans la décision récente *R.* c. *J.E.J.*, la Cour a observé que [TRADUCTION] «[l']opportunité des conditions d'une entente sur le plaidoyer, comme du reste de la négociation du plaidoyer elle-même, relève de la conscience juridique du procureur général et de ses représentants; ce n'est d'une manière générale pas une question dont le tribunal devrait se mêler[72]». Toutefois, elle a également exprimé l'opinion — nouvelle dans ce contexte — que «les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne ne sont pas à ce point étendus que la cour se trouve empêchée d'exercer ses pouvoirs inhérents pour limiter ceux de la Couronne, lorsque cela s'avère nécessaire pour prévenir un abus de procédure[73]». Par ailleurs, la négociation du plaidoyer risque aussi, selon certains, de placer l'avocat de la défense en situation d'éventuel conflit d'intérêts. Car, dit-on, pour maintenir de bons rapports de travail avec ses collègues du ministère public, il aura peut-être intérêt à veiller à ce que sur une période donnée, une certaine proportion de ses clients plaident coupable[74]. Cette hypothèse est-elle fondée? Bien difficile à dire[75]. Dans quelle mesure le processus de négociation du plaidoyer amène-t-il dans les faits les avocats de la défense à négliger leurs obligations professionnelles[76]? Considèrent-ils leurs rapports avec les avocats du ministère public comme plus importants que leurs rapports avec la magistrature?

Il importe de bien distinguer, en ce qui a trait au juge, participation et contrôle[77]. À notre avis, la participation du juge au jeu de concessions mutuelles[78] inhérent à la négociation du plaidoyer serait condamnable pour un certain nombre de raisons. Bien

70. Voir *A.-G. Canada* c. *Roy* (1972), 18 C.R.N.S. 89 (B.R. Qc), pp. 92-93; *R.* c. *Brown* (1972), 8 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), le juge Gale, p. 228; *R.* c. *Simoneau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 307 (C.A. Man.), le juge d'appel Matas (aux motifs duquel ont souscrit les juges Hall et O'Sullivan), pp. 315-316; *R.* c. *Morrison* (1981), 63 C.C.C. (2d) 527 (C.S. N.-É., Div. app.), p. 530; *R.* c. *Rubenstein* (1987), 41 C.C.C. (3d) 91 (C.A. Ont.), p. 94; *R.* c. *Commisso*, précité note 16, pp. 11-12 de l'original du jugement.

71. Voir *Code criminel*, par. 606(4). Voir aussi les observations ci-dessous au sujet de la recommandation 18.

72. Précitée, note 50, le juge Nadeau, p. 16 de l'original du jugement.

73. *Id.*, p. 17 de l'original du jugement.

74. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 539, 550-551. Voir aussi GROSMAN, *op. cit.*, note 68, pp. 77, 80 (cité dans FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, p. 539); HARTNAGEL, *loc. cit.*, note 15, p. 52.

75. Voir *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, p. 454, où sont discutées les conclusions des auteurs R. ERICSON et P. BARANEK, *The Ordering of Justice: A study of Accused Persons as Dependents in the Criminal Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1982, p. 123. Comme l'a souligné la Commission, (à la p. 454), elle n'est pas parvenue à déterminer leur applicabilité générale dans tout le Canada.

76. Voir SOLOMON, *op. cit.*, note 19, p. 44; l'auteur, citant notamment une étude canadienne, soutient que les négociations sur le plaidoyer n'empêchent pas dans les faits les avocats de la défense de défendre correctement les intérêts de leurs clients.

77. Voir «Problems in Ethics and Advocacy: Panel Discussion», *loc. cit.*, note 5, pp. 306-311. Pour une analyse du rôle du juge en matière de négociation sur le plaidoyer, voir R.D. SEIFMAN, «Plea Bargaining in Victoria — Getting the Judges' Views» (1982), 6 *Crim. L.J.* 69.

78. Voir *Bordenkircher* c. *Hayes*, 434 U.S. 357 (1978), p. 363.

que plusieurs d'entre elles aient été examinées dans un document d'étude maintes fois cité, préparé pour la Commission il y a quelques années[79], deux en particulier méritent d'être répétées ici. En premier lieu — et c'est le plus important — cette participation est incompatible avec le rôle d'arbitre impartial confié au juge[80]. Non seulement la négociation judiciaire du plaidoyer porterait atteinte à cette image du juge, mais elle pourrait dans la pratique diminuer la portée de la présomption d'innocence dans tout procès qui s'instruit après la rupture de négociations au cours desquelles l'accusé s'était montré disposé à plaider coupable[81]. Ensuite, l'intervention du juge serait susceptible d'équivaloir à une «incitation condamnable» de l'accusé à plaider coupable[82]. Vu la nature des rapports entre le juge présidant le procès et l'accusé, une énorme pression s'exercerait sur celui-ci, qui pourrait se sentir contraint de plaider coupable (plutôt que d'être jugé par une personne dont il a rejeté les propositions en vue d'un plaidoyer négocié)[83].

Les résultats de notre enquête sur l'opinion du public au sujet des divers aspects de la négociation du plaidoyer[84] donnent à penser que la participation des juges à ces négociations pourrait mettre en doute leur probité. Dans notre sondage national, nous avons demandé à un premier groupe de personnes ce qu'elles pensaient d'une situation fictive dans laquelle le juge aurait rejeté une proposition relative à une entente sur le plaidoyer avant d'en accepter une autre; un second groupe devait donner son avis au sujet d'une autre situation où le juge aurait été au courant de l'entente mais n'aurait eu aucune influence sur son contenu. Or, on avait un peu moins tendance à supposer que le juge avait rendu une décision équitable et correcte dans le premier cas que dans le second. Dans la mesure où [TRADUCTION] «il faut que justice [...] paraisse manifestement et sans aucun doute avoir été rendue[85]», ceux qui préconisent la participation du juge aux négociations devraient voir un avertissement dans ce résultat.

III. La protection contre les incitations condamnables

Il y a lieu, comme nous l'avons déjà souligné, de veiller à ce que les plaidoyers négociés ne découlent pas d'incitations condamnables[86]. Certains diraient que l'aveu de

---

79. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 556-558.

80. *Id.*, pp. 556-557. Voir SEIFMAN, *loc. cit.*, note 77, p. 71; J. DUCROS, «The Role of the Trial Judge in the Criminal Process», dans Association du Barreau canadien, *Studies in Criminal Law and Procedure*, Agincourt (Ont.), Canada Law Book, 1973, 1, p. 5.

81. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 557.

82. Voir Note, «Plea Bargaining and the Transformation of the Criminal Process» (1977), 90 *Harv. L. Rev.* 564, pp. 583-585, article commenté dans *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, p. 469.

83. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 558.

84. Voir l'annexe B.

85. *R.* c. *Sussex Justices, Ex p. McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, le lord juge en chef Hewart, p. 259.

86. Voir NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *op.cit.*, note 12, p. 465; A. DAVIS, «Sentences for Sale: A New Look at Plea Bargaining in England and America», [1971] *Crim. L.R.* 150, pp. 154-161.

culpabilité doit être «volontaire»; nous préférons toutefois éviter l'emploi de ce terme. Car après tout, on pourrait très bien avancer que le plaidoyer de culpabilité consécutif à une entente n'est jamais vraiment «volontaire[87]», et devrait par le fait même être tenu pour invalide[88]. À l'appui de cet argument, une analogie vient immédiatement à l'esprit : celle de la règle applicable aux confessions, en vertu de laquelle [TRADUCTION] «aucune déclaration d'un accusé n'est recevable en preuve contre lui, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, *c'est-à-dire* qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne ayant autorité[89]». L'à-propos de cette analogie est également confirmé jusqu'à un certain point par le raisonnement invoqué dans diverses décisions canadiennes portant sur la recevabilité des plaidoyers de culpabilité[90]. Dans l'affaire *Guérin* c. *The King*[91], par exemple, le juge Walsh de la Cour du Banc du Roi du Québec a déclaré : [TRADUCTION] «[t]out plaidoyer ou confession peut [...] être écarté s'il est établi qu'il a été fait involontairement, par suite d'incitations d'une personne en situation d'autorité, qui pouvait promettre une faveur ou un avantage[92]». De même, il ressort d'un jugement rendu à la majorité par la Cour du Banc de la Reine du Québec (Division d'appel) dans l'affaire *Colligan* c. *The Queen*[93], que l'on aurait pu faire droit à l'appel interjeté par l'accusé d'une déclaration de culpabilité relativement à une infraction à l'égard de laquelle il avait plaidé coupable si, pour faire cet aveu, il avait été [TRADUCTION] «induit en erreur ou *persuadé par une personne ayant autorité*[94]».

Il faut bien se rappeler une chose, cependant : lorsqu'il est employé au sujet de confessions, au sens classique de l'arrêt *Ibrahim*[95], [TRADUCTION] «le mot "volontaire" se voit donner une signification juridique spéciale [...][96]». Or la portée de cette signification, qui régit désormais la conduite des «personnes ayant autorité» dans une

87. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 548-549, où l'on expose et scrute cet argument. Pour d'autres observations sur la question du «caractère volontaire» dans le contexte de la jurisprudence américaine relative à la négociation du plaidoyer, voir HALBERSTAM, *loc. cit.*, note 20, pp. 26-28.

88. Voir K. KIPNIS, «Criminal Justice and the Negotiated Plea» (1976), 86 *Ethics* 93.

89. *Ibrahim* c. *The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), lord Sumner, p. 609.

90. Dans un article intitulé «The Role of the Judge in Plea Bargaining» (1972-1973), 15 *Crim. L.Q.* 26, p. 39, G.A. Ferguson a prédit que les tribunaux canadiens adopteraient sans doute la solution américaine, suivant laquelle les plaidoyers de culpabilité découlant d'incitations *condamnables* seraient qualifiés d'involontaires. Voir par exemple *R.* c. *Tennen* (1959), 122 C.C.C. 375 (C.A. Ont.), confirmé par [1960] R.C.S. 302, le juge d'appel Roach, p. 382 (C.C.C.), citée par G.A. FERGUSON, *loc. cit.*, p. 39, n. 43.

91. (1933) 60 C.C.C. 350 (B.R. Qc).

92. *Id.*, p. 352 (les italiques ont été omis).

93. (1955) 21 C.R. 120 (B.R. Qc, Div. app.).

94. *Id.*, p. 124 (les italiques ont été ajoutés).

95. Précité, note 89.

96. *R.* c. *Towler*, [1969] 2 C.C.C. 335 (C.A. C.-B.), le juge d'appel McFarlane, p. 337, cité par F. KAUFMAN, *The Admissibility of Confessions*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1979, p. 106. Pour une analyse théorique approfondie de la question du «caractère volontaire» dans les cas de négociation du plaidoyer, voir M. PHILIPS, «The Question of Voluntariness in the Plea Bargaining Controversy: A Philosophical Clarification» (1981-1982), 16 *L. & Soc. Rev.* 207. *Cf.* C.G. BRUNK, «The Problem of Voluntariness and Coercion in the Negotiated Plea» (1978-1979), 13 *L. & Soc. Rev.* 527, qui y est discuté.

situation bien précise, n'a jamais été étendue à tous les contextes juridiques. Dans l'arrêt *Goldman* c. *La Reine*[97], par exemple, la Cour suprême du Canada a expressément écarté l'application du critère posé dans l'arrêt *Ibrahim*, lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère volontaire du consentement d'une personne à l'interception d'une communication privée sous le régime de l'ancien alinéa 178.11*a*) (devenu l'al.184(2)*a*)) du *Code criminel*[98]. Elle a jugé, notamment, qu'un tel consentement «est bon et valide s'il s'agit de l'acte conscient de celui qui le donne et qui le fait pour des raisons qu'il considère suffisantes[99]», et que «[s]i le consentement qu'il donne est celui qu'il avait l'intention de donner et s'il le donne par suite de sa propre décision et sans être soumis à une coercition extérieure, le fait que ses motifs soient égoïstes et même répréhensibles selon certains critères ne l'invalide pas[100]». Implicitement, la Cour suprême donne à entendre dans cet arrêt que les incitations par des «personnes ayant autorité» ne doivent pas nécessairement être tenues pour inacceptables; il faut prendre en considération leur nature, ou encore la nature de l'objectif poursuivi par leur auteur. La Cour suprême considérerait comme inacceptable toute incitation de nature à soulever un doute sur l'authenticité de la déclaration ou confession[101]. Mais pour le consentement à l'interception de communications privées en vertu de l'alinéa 184(2)*a*) du *Code*

---

97. [1980] 1 R.C.S. 976.

98. En l'espèce, la Cour devait statuer sur le «caractère volontaire» d'un consentement donné en vertu de l'al. 178.11*a*) (devenu l'al. 184(2)*a*)) du *Code criminel*, suscité selon le juge de première instance (p. 1003) [TRADUCTION] «par des promesses de clémence». Le juge McIntyre (à l'opinion duquel ont souscrit les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte) a déclaré notamment, à la p. 1005 :

> Un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)*a*) [devenu al. 184(2)*a*)] doit être volontaire en ce qu'il doit être libre de contrainte. Il doit être donné sciemment en ce sens que celui qui consent doit être conscient de ce qu'il fait et de l'importance de son acte et de l'usage que la police peut faire du consentement. Le critère que l'on doit appliquer pour décider de l'admissibilité d'une déclaration ou d'une confession faite par un prévenu sous garde à des policiers ou à d'autres personnes ayant autorité n'est pas applicable en l'espèce. Le terme «volontaire» dans le sens où il s'applique à un consentement à une interception où à l'admission en preuve en vertu de la Partie IV.1 du *Code criminel* ne doit pas être considéré dans le sens restreint de la règle énoncée dans l'arrêt *Ibrahim*, [1914] A.C. 599 (C.P.).

99. Précité, note 97, le juge McIntyre (à l'opinion duquel ont souscrit les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte), p. 1005.

100. *Ibid.* Le juge McIntyre a ensuite déclaré (p. 1006) :

> Dans ce contexte, il faut définir le terme coercition. Le consentement ne doit pas être obtenu par l'intimidation ou la force ou des menaces d'employer la force de la part de la police, mais on ne peut conclure à la coercition, dans le sens où le terme s'applique ici, simplement parce que le consentement est donné par suite de la promesse ou de l'espoir d'une indulgence ou d'une immunité de poursuites.

Voici les motifs qu'il a invoqués (p. 1006) :

> Des incitations de cette nature ou la contrainte résultant de menace de poursuites rendront inadmissible une confession ou une déclaration faite par un prévenu à des personnes ayant autorité parce que la confession ou déclaration pourrait être touchée ou influencée par l'incitation ou la contrainte. Des considérations différentes entrent en jeu cependant lorsqu'il s'agit d'un consentement de la nature de celui examiné ici.

Voir également *Rosen* c. *La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961, le juge McIntyre (à l'opinion duquel ont souscrit les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte) pp. 974-975.

101. Voir *Goldman*, précité, note 97, p. 1006.

criminel, la question à se poser est plutôt celle de savoir si ce consentement a été obtenu «par l'intimidation ou la force ou des menaces d'employer la force[102]».

En ce qui concerne l'accusé qui plaide coupable, l'incitation est à notre avis condamnable lorsqu'elle rend nécessairement suspecte l'authenticité ou la véracité factuelle de cet aveu judiciaire. Certes, l'on pourrait être tenté de qualifier d'«involontaire» le plaidoyer de culpabilité obtenu par une incitation condamnable, par souci d'uniformité terminologique avec le domaine des confessions; nous croyons néanmoins que ce parallèle est trompeur. C'est en effet une erreur de penser que le critère utilisé pour déterminer si une incitation est condamnable en matière de confessions peut logiquement être transposé dans le contexte du plaidoyer de culpabilité[103]. Si les menaces ou promesses d'un policier peuvent manifestement équivaloir à des incitations condamnables lorsqu'elles s'adressent à un suspect en isolement après un long interrogatoire, les conseils donnés à l'accusé par le poursuivant, en présence de l'avocat de la défense qui veille à ses intérêts, ou suivis par l'accusé sur la recommandation consciencieuse de son avocat[104], ne doivent pas nécessairement être mis sur le même pied[105]. La Cour d'appel de l'Alberta a statué dans l'affaire *R.* c. *Hughes*[106] sur le cas d'un accusé qui faisait valoir qu'il [TRADUCTION] «avait plaidé coupable parce que la police lui avait garanti que [...] sa petite amie [...] ne serait pas inculpée s'il plaidait coupable, et rapidement[107]». La Cour a déclaré notamment qu'[TRADUCTION] «[e]ntre les éventuelles négociations auxquelles se sont livrés Hughes et la police, et le moment où il a plaidé coupable devant la Cour provinciale, il a eu

---

102. *Ibid.* *Cf. Smerchanski* c. *M.R.N.*, [1977] 2 R.C.S. 23; dans cette affaire de nature fiscale, on soutenait que l'engagement d'un particulier et d'une société de renoncer à leur droit d'interjeter appel de nouvelles cotisations d'impôt était révocable, notamment parce qu'il avait été contracté afin d'éviter des poursuites. Rejetant l'argument, le juge en chef Laskin (qui parlait aussi au nom des juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson et de Grandpré) a fait observer (pp. 25-26) que, avant de renoncer à ses droits d'appel, «il [le particulier] avait bénéficié des conseils éclairés de plusieurs avocats et bien sûr de comptables, et les avait suivis». Le juge Laskin a donc estimé «que le ministère du Revenu national a menacé Smerchanski de poursuites mais non sans raison valable, et que ce dernier le savait et a finalement conclu en connaissance de cause un règlement, si draconien puisse-t-il lui sembler après coup, auquel il n'était que trop heureux de consentir afin d'échapper à la possibilité d'une condamnation et d'une peine d'emprisonnement» (p. 32). Et le juge Laskin a ajouté qu'il ne s'agissait pas d'une affaire «où l'administration fiscale, sans griefs sérieux contre le contribuable, l'importune et le harcèle en le menaçant de poursuites afin d'extorquer un règlement injustifié», ni «de la situation où un substitut du procureur général, dans le but de faire valoir une réclamation personnelle contre un particulier, le menace de poursuites pour amener un règlement favorable» (p. 33).

103. Pour une étude détaillée des motifs justifiant l'inapplication, dans le cas du plaidoyer de culpabilité, du critère du «caractère volontaire» employé pour les confessions, voir J.E. BOND, *Plea Bargaining and Guilty Pleas*, 2e éd., New York, Clark Boardman, 1982, art. 3.13, pp. 3-36 à 3-39.

104. Voir *infra*, les recommandations 3(1)g) et 9.

105. Voir BOND, *op. cit.*, note 103, art. 3.13*a*), pp. 3-37. Également, voir A. ENKER, «Perspectives on Plea Bargaining», dans PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE, *Task Force Report: The Courts*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1967, annexe A, 108, pp.116-117, cité dans FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 549.

106. (1987) 76 A.R. 294.

107. *Id.*, le juge d'appel McClung, pp. 295-296.

l'entière possibilité de consulter un avocat commis d'office[108]», et que [TRADUCTION] «la preuve que les concessions ou avantages offerts par la Couronne ou la police ont déterminé son action ne peut, à elle seule, diminuer la portée de son plaidoyer de culpabilité fait en connaissance de cause[109]».

À notre avis, le fait qu'un accusé, plaidant coupable à l'égard d'une infraction conformément à une entente, soit représenté par avocat ne devrait pas toujours être considéré comme déterminant. Certes, dans l'arrêt *Adgey* c. *La Reine*, le juge Laskin (alors juge puîné) a reconnu dans son opinion dissidente (à laquelle a souscrit le juge Spence) que «le fait qu'il est représenté par un avocat ou qu'il ne l'est pas a un rapport avec le devoir imposé à un juge de première instance relativement aux aveux de culpabilité[110]», et nous sommes bien d'accord. Mais il nous semble également que les juges devraient avoir la possibilité de vérifier le fondement du plaidoyer de culpabilité même si l'accusé bénéficie des services d'un avocat, lorsque les circonstances justifient une telle enquête. Il arrive parfois, semble-t-il, qu'un avocat de la défense «force» en quelque sorte à plaider coupable un accusé qui préférerait pourtant continuer à se déclarer innocent. Dans l'affaire *Lamoureux* c. *La Reine*, par exemple, la Cour d'appel du Québec a déclaré que les comptes rendus donnés par l'accusé et l'avocat qui l'avait représenté au procès [TRADUCTION] «indiquent que l'accusé a plaidé coupable par suite des pressions exercées par son avocat, sans le vouloir vraiment[111]». Pour faire droit à l'appel interjeté de la décision du juge de ne pas permettre à l'accusé de retirer son aveu de culpabilité, la Cour a invoqué le raisonnement suivant : [TRADUCTION] «[l]e plaidoyer de culpabilité doit toujours être un acte libre et volontaire accompli par l'accusé lui-même, sans qu'aucune menace ni promesse ne l'ait incité à avouer avoir commis l'infraction alors que telle n'est pas sa volonté[112]».

Dans le domaine des discussions sur le plaidoyer, la grande difficulté en ce qui a trait aux incitations condamnables concerne le recours à la menace d'accusations plus

---

108. *Id.*, p. 296. Le juge a également déclaré : [TRADUCTION] «L'avocat commis d'office lui a parlé à la maison d'arrêt avant qu'il soit amené au tribunal».

109. *Ibid.* Après avoir déclaré que [TRADUCTION] «ce n'est pas le cas en l'espèce», la Cour (le juge McClung, p. 296) a reconnu que [TRADUCTION] «dans certaines circonstances, il pourrait être fait droit à une requête visant à retirer le plaidoyer de culpabilité fait par un accusé adulte et ce, même si celui-ci a pu, en temps voulu, avoir recours aux services d'un avocat avant de faire son plaidoyer».

110. [1975] 2 R.C. S. 426, p. 436. Voir également *Lamoureux* c. *R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369 (C.A. Qc). Dans l'arrêt *Antoine* c. *R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375 (C.A. Qc), p. 381, le juge Rothman (à l'opinion duquel a souscrit le juge d'appel Vallerand) a déclaré :

> [TRADUCTION]
> Lorsque l'accusé offre de plaider coupable et qu'il existe une raison quelconque de douter que l'accusé comprenne la portée de son geste, le juge ou le magistrat doit faire une enquête pour vérifier que l'accusé sait ce qu'il fait. Toutefois, le juge de première instance n'est pas tenu en droit d'effectuer dans tous les cas une enquête après le plaidoyer de culpabilité, et il est rare que cela soit nécessaire lorsque l'accusé est représenté par avocat.

111. Précitée, note 110, le juge d'appel Rothman, p. 373.

112. *Ibid.* Voir H. LITTON, «Plea bargaining, an injustice or necessary evil?», dans *Papers of the 7th Commonwealth Law Conference Hong Kong 18-23 September 1983*, Hong Kong, 7th Commonwealth Law Conference, 1983, 37, p. 41.

graves ou à d'autres tactiques visant à alarmer l'accusé[113]. Le système n'étant essentiellement pas réglementé, la police et le ministère public peuvent employer de telles méthodes afin de se placer dans la meilleure situation possible pour négocier[114]. Il s'agit là d'un problème qui peut et doit être réglé. Dans son *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*[115], l'American Law Institute (ALI) a mis au point des garanties légales spécifiques destinées à limiter ce type d'incitation de la part de la poursuite. En effet, l'article 350.3 du code de l'ALI interdit au poursuivant de recourir à certaines techniques de négociation en vue d'amener l'accusé à plaider coupable[116]. Cette disposition interdit de manière explicite (mais non pas exhaustive, semble-t-il) l'utilisation de trois tactiques. L'une consiste à porter — ou à menacer de porter — une accusation dont le poursuivant sait pertinemment qu'elle ne peut se justifier au regard de la preuve disponible[117]. Une deuxième consiste à porter — ou à menacer de porter — une accusation inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputée à l'accusé[118]. Enfin, la troisième consiste à exagérer la sévérité de la peine à laquelle s'expose le prévenu, en cas de condamnation, s'il plaide non coupable[119]. Par l'interdiction de ces pratiques[120], l'ALI cherchait à faire en sorte qu'en général, les discussions sur le plaidoyer se déroulent d'une manière conforme aux méthodes normalement suivies par la poursuite lorsqu'elle n'a pas pour objectif la conclusion d'une entente avec l'accusé[121], et que celui-ci, par conséquent, soit [TRADUCTION] «parfaitement conscient de [...] la valeur réelle des engagements pris envers lui par le [...] poursuivant [...][122]». Nous souscrivons à ces objectifs; aussi avons-nous inclus des interdictions semblables dans nos recommandations.

---

113. Voir, d'une manière générale : COHEN, *op. cit.*, note 28, pp. 182-183, et l'affaire *R.* v. *Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729, qui y est commentée; ERICSON et BARANEK, *op.cit.*, note 75, p. 71, cité dans *Réformer la sentence*, *op.cit.*, note 29, p. 456. Dans son ouvrage intitulé *A Theory of Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 1979, à la p. 453, le professeur H.Gross a soutenu, non sans un certain cynisme, que vu la nature même de la négociation du plaidoyer, on ne peut négocier une peine appropriée que dans les cas où l'État a recours à de telles méthodes.

114. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 551; SOLOMON, *op. cit.*, note 19, p. 45.

115. *Op. cit.*, note 7.

116. *Id.*, pp. 244-245.

117. Alinéa 350.3(3)*a*), p. 244.

118. Alinéa 350.3(3)*b*), p. 245.

119. Alinéa 350.3(3)c), p. 245.

120. Voir les notes relatives à l'art. 350.3, pp. 246-247.

121. Commentaires relatifs à l'art. 350.3, p. 614.

122. *Brady* c. *United States*, 397 U.S. 742 (1970), p. 755, citation recueillie dans *Shelton* c. *United States*, 246 F. 2d 571 (C.A. 5th Cir. 1957) (*en banc*), (infirmé pour d'autres motifs à 356 U.S. 26 (1958)), p. 572, n. 2, et citée dans le commentaire relatif à l'art. 350.3, *op. cit.*, note 7, p. 615. Voir également RATUSHNY, *loc.cit.*, note 12, p. 239.

IV. L'authenticité du plaidoyer et sa conformité avec les faits

Il existe un danger contre lequel il faut à notre avis activement se prémunir : c'est la possibilité que l'accusé soit incité, par suite des tactiques de la poursuite ou de conseils juridiques malavisés[123], à plaider coupable à l'égard d'infractions dont il est innocent. Certes, la négociation du plaidoyer est pour certains répréhensible par essence, étant destinée à amener une personne à se déclarer coupable malgré son innocence[124]. Ainsi, plus faible est la preuve de la poursuite contre un accusé, plus forte serait — suivant cette thèse — la possibilité que le poursuivant cherche à rendre le plaidoyer de culpabilité attrayant[125]. Selon nous, toutefois, cet argument n'est pas tant une condamnation de la pratique en soi qu'un encouragement à la mise en œuvre de garanties efficaces dans ce domaine. Car le risque de voir un accusé plaider coupable à l'égard d'une infraction dont il n'est pas l'auteur ne nous semble pas plus grand que le risque de voir un accusé ou un suspect déclarer dans une confession être coupable d'une infraction dont il est en fait innocent. Or plutôt que d'interdire l'interrogatoire des accusés et des suspects par la police, ou de déclarer irrecevables toutes les confessions ainsi obtenues, on a assorti la procédure de mécanismes garantissant, dans la mesure du possible, l'authenticité des confessions et l'intégrité du système judiciaire pénal. Et lorsque la Commission a constaté des lacunes sur ce plan dans les règles applicables à l'interrogatoire des suspects, elle a fait des recommandations détaillées et précises en vue de remédier à cet état de choses[126]. Il serait sans doute plus facile d'abolir tout simplement la pratique de la négociation du plaidoyer que de tenter d'en résoudre les difficultés; celles-ci, qui sont d'ordre pratique et concernent la nécessité de protéger, contre les tactiques déloyales de la poursuite, les personnes erronément accusées, ne nous paraissent cependant pas insurmontables.

On reproche aussi à la négociation du plaidoyer, telle qu'elle est parfois pratiquée, de conduire à l'atténuation des accusations sans égard à la nature des infractions effectivement commises[127]. C'est là une question fondamentale qui explique d'après nous la «mauvaise réputation» du procédé. Le fait de réduire à mauvais escient la gravité des accusations diminue forcément le respect du public pour les lois pénales et pour l'administration de la justice pénale.

---

123. Voir G.A. MARTIN, «The Role and Responsibility of the Defence Advocate» (1969-1970), 12 *Crim. L.Q.* 376, p. 387.

124. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 543-544. Voir aussi VAN DEN HAAG, *loc. cit.*, note 69, p. 18; il n'y a pas vraiment de raison de croire, soutient l'auteur, que le risque de voir des innocents plaider coupable soit plus grand que celui de les voir condamnés après un procès en bonne et due forme.

125. Voir A.W. ALSCHULER, «The Prosecutor's Role in Plea Bargaining» (1968), 36 *U. Chi. L. Rev.* 50, p. 60, et FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 545-546 (citant ALSCHULER), où cet argument est formulé.

126. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'interrogatoire des suspects*, *op. cit.*, note 2.

127. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 553. Pour d'autres commentaires sur ce phénomène, voir d'une manière générale D.J. NEWMAN, *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence Without Trial*, Boston, Little, Brown, 1966, pp. 99-104.

La solution à ce problème, avance la Commission canadienne sur la détermination de la peine dans son récent rapport, réside en partie dans l'établissement de lignes directrices uniformes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite[128]. C'est aussi notre opinion : dans notre rapport de 1977 intitulé *Principes directeurs : sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal* (auquel renvoie du reste la Commission sur la détermination de la peine), nous faisions observer que «[l]es procureurs de la Couronne [...] possèdent un large pouvoir discrétionnaire en matière d'inculpation et de pratiques antérieures au procès, ce qui a suscité certaines inquiétudes réelles, quoique mal définies, notamment en ce qui regarde le ‹marchandage de plaidoyers›[129]». Nous nous sommes déclarés d'avis que «le pouvoir discrétionnaire de la Couronne devrait être pleinement admis et mis en évidence[130]», et avons recommandé «que les Procureurs généraux des provinces et des territoires développent et publient des directives en matière d'inculpation, de règlements antérieurs au procès et de conduite des poursuites [...][131]». En formulant ses recommandations, la Commission sur la détermination de la peine a précisé que les lignes directrices en question devaient restreindre la possibilité pour les procureurs de la Couronne de réviser les accusations à la baisse lorsqu'il est possible d'établir la perpétration d'infractions plus sérieuses[132]. Nous souscrivons à ce point de vue.

À notre avis, cependant, il y aurait lieu aussi (à la fois pour s'attaquer à l'atténuation excessive des accusations et pour empêcher des personnes innocentes de plaider coupable) d'instituer des mécanismes légaux permettant de veiller à ce que les condamnations découlant de plaidoyers négociés soient opportunes au regard des agissements réels de l'accusé et des circonstances. Et sous ce rapport, les règles actuellement en vigueur ne vont à notre sens pas assez loin. Ainsi, rien dans la loi n'oblige en ce moment le poursuivant à justifier une entente dans laquelle il consent (en vertu du par. 606(4) du Code) à l'acceptation par le tribunal d'un plaidoyer de culpabilité pour une infraction autre que celle dont l'accusé est inculpé; cette situation a été dénoncée par la Commission canadienne sur la détermination de la peine. Et rien n'oblige non plus d'une manière spécifique le tribunal à prendre en considération de telles justifications pour décider s'il accepte le plaidoyer, ce qui nous semble déplorable. En outre, la loi n'encourage pas les juges de première instance à faire enquête, lorsque l'accusé a plaidé coupable à la suite de négociations, sur les circonstances de celles-ci, ce qui nous paraît pourtant indiqué. Comme l'a déclaré le juge Smith de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en parlant d'une manière générale des plaidoyers

---

128. *Op. cit.*, note 29, pp. 465-466.

129. *Op. cit.*, note 43, p. 56.

130. *Ibid.*

131. *Id.*, p. 57.

132. *Op. cit.*, note 29, recommandation 13.7, p. 466. Voir VAN DEN HAAG, *loc. cit.*, note 69, p. 19: l'auteur prétend en fait que les poursuivants devraient être légalement tenus de porter des accusations à l'égard de tous les faits raisonnablement susceptibles d'être prouvés. On trouvera des commentaires sur une approche semblable adoptée ailleurs dans COUSINEAU, VERDUN-JONES et autres, *loc. cit.*, note 66. Et dans l'arrêt *Perkins and Pigeau* c. *The Queen* (1976), 35 C.R.N.S. 222 (C.A. Qc), le Tribunal, en prononçant la peine, a commenté la pratique consistant à atténuer la gravité d'accusations jugées susceptibles d'être prouvées.

de culpabilité dans la décision rendue au nom de la majorité dans l'affaire *R.* c. *Milina*[133] : [TRADUCTION] «[L]orsqu'un accusé plaide coupable, le magistrat n'est pas tenu en droit de vérifier les faits pour se convaincre que l'accusé est bel et bien coupable[134]». La situation est bien différente aux États-Unis. En effet, la règle 11*f*) des *Federal Rules of Criminal Procedure* dispose notamment que [TRADUCTION] «[m]ême lorsqu'il accepte un plaidoyer de culpabilité, le tribunal ne doit pas prononcer son jugement sans effectuer les vérifications propres à le convaincre que cet aveu est fondé dans les faits[135]». Imposer dans tous les cas l'obligation d'entreprendre une vérification rigoureuse des faits quant à la culpabilité de l'accusé risquerait peut-être, pour reprendre l'expression du juge Smith [TRADUCTION] «de priver de toute efficacité les plaidoyers de culpabilité[136]». Il nous semble toutefois possible de prévoir une enquête de moindre envergure qu'un véritable procès, dans certains cas. La mise en œuvre de nos recommandations encouragerait les juges à contrôler le fondement factuel des plaidoyers de culpabilité découlant d'ententes : ils auraient en effet le pouvoir de le faire lorsqu'ils l'estiment nécessaire[137].

V. L'égalité

Il y a également lieu d'étudier la question de l'égalité de traitement des accusés[138]. Certains adversaires de la négociation ont fait observer que la possibilité d'engager des discussions sur le plaidoyer et la nature des ententes éventuellement conclues peuvent dépendre de toutes sortes de facteurs. Ainsi, la disparité du traitement des accusés par la poursuite peut tenir aux différences dans la qualité de la représentation pendant les négociations[139], aux rapports entre les avocats du ministère public et de la défense[140], à l'attitude des différents avocats du ministère public envers la pratique de la négociation elle-même[141], ou enfin à l'opinion du poursuivant sur ses chances d'obtenir une condamnation[142]. Cette disparité risque, souligne-t-on, d'avoir des effets néfastes : injustices, incertitude, manque d'uniformité dans la détermination des peines[143].

---

133. (1946) 86 C.C.C. 374 (C.A. C.-B.).

134. *Id.*, p. 381 (le juge en chef Sloan et le juge d'appel Robertson ayant souscrit à cette opinion).

135. Précitées, note 7.

136. *R.* c. *Milina*, précité, note 133, p. 381 (le juge en chef Sloan et le juge d'appel Robertson ayant souscrit à cette opinion).

137. On trouvera une étude de la procédure américaine utilisée pour la détermination de la conformité du plaidoyer de culpabilité avec les faits dans NEWMAN, *op. cit.*, note 127, pp. 10-21.

138. Voir NEWMAN, *op. cit.*, note 127, pp. 42-44.

139. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 551. Les négociations sur le plaidoyer semblent peu fréquentes lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat. Voir HARTNAGEL, *loc. cit.*, note 15, p. 52.

140. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 552; GROSMAN, *op. cit.*, note 68, p. 80.

141. Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 552.

142. *Id.*, pp. 551-552.

143. Voir *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, pp. 448, 471.

Indépendamment de ces conséquences défavorables, il n'est pas facile de savoir jusqu'à quel point la négociation du plaidoyer peut être la cause de disparités dans les peines prononcées. Selon des travaux récemment cités par la Commission canadienne sur la détermination de la peine, les acteurs du processus pénal ont dans une large mesure *l'impression* que la négociation du plaidoyer a une incidence plus ou moins grande sur les peines prononcées[144] (et s'il faut en croire les résultats de notre sondage effectué à l'échelle nationale, le grand public partage cette impression). Mais d'après certains auteurs canadiens, on ne semble pas disposer de preuves empiriques plus directes permettant de conclure à l'effet néfaste de la négociation du plaidoyer sur l'égalité des peines[145].

D'ailleurs, l'existence d'une certaine inégalité dans ce domaine est inévitable, il faut bien le reconnaître, vu l'état actuel de notre système judiciaire pénal. Chose certaine, en tout cas, ce problème ne saurait être entièrement attribuable à la pratique de la négociation du plaidoyer. Celle-ci serait-elle subitement abolie, en effet, les auteurs d'infractions comparables n'en continueraient sans doute pas moins, croyons-nous, à se voir infliger des peines dissemblables; et cela, parce que les juges et les poursuivants ne partagent pas tous la même façon de voir les choses, et que l'expérience et l'habileté des avocats de la défense sont variables[146]. En outre, certaines personnes qui plaident coupable pourraient continuer d'être condamnées à des peines moins sévères que celles qui leur auraient été infligées par suite d'une déclaration de culpabilité au bout d'un procès en bonne et due forme[147] — non pas à cause de la négociation du plaidoyer, mais parce que leur aveu de culpabilité permet d'économiser les fonds de l'État[148], soustrait les victimes à l'obligation pénible de venir témoigner[149]

---

144. *Id.*, p. 448.

145. Voir BRANNIGAN et LEVY, *loc. cit.*, note 36, pp. 401-402. Voir également SOLOMON, *op. cit.*, note 19, pp. 38-39.

146. Au sujet des rapports entre l'attitude des juges et la détermination de la peine en général, voir J.HOGARTH, *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971.

147. Voir cependant M.L. FRIEDLAND, *Detention Before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*, Toronto, University of Toronto Press, 1965, p. 121, n. 12 et HOGARTH, *op. cit.*, note 146, pp. 345-349, les deux étant cités par FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 561, n. 225. Sur la question des «sentence discounts» (soit les atténuations de la peine découlant du plaidoyer de culpabilité lui-même), voir D.A. THOMAS, *Principles of Sencencing*, 2e éd., Londres, Heinemann, 1979, pp. 50-52, et la jurisprudence qui y est citée : *R.* c. *Davis* (1980), 2 Cr. App. R. (S) 168 (C.A.); *R.* c. *Boyd* (1980), 2 Cr. App. R.(S) 234 (C.A.); *R.* c. *Williams*, [1983] *Crim. L.R.* 693 (C.A.); *R.* c. *Ross*, (1983), 5 Cr. App. R. (S) 318 (C.A.). *Cf. R.* c. *Shannon* (1979), 3 *Crim. L.J.* 307 (C.C.A.) et les commentaires sur cet arrêt de F. RINALDI, pp. 308-309; *R.* c. *McGaw* (1979), 4 *Crim. L.J.* 51 (C.C.A.) et le commentaire de RINALDI, *loc. cit.*, pp. 51-52.

148. Voir *R.* c. *Johnston and Tremayne*, [1970] 4 C.C.C. 64 (C.A. Ont.); *R.* c. *Tanguay-Dupere* (1971), 13 *Crim. L.Q.* 436 (C.A. Qc); *R.* c. *Hutton* (1977), 13 A.R. 557 (C. distr.); *R.* c. *Layte* (1983), 38 C.R. (3d) 204 (C. comté Ont.); cette jusrisprudence est citée dans R.P. NADIN-DAVIS, «Principles of Sentencing», dans R.P. NADIN-DAVIS et C.B. SPROULE, *Canadian Sentencing Digest Quantum Service*, Toronto, Carswell, 1982, vol. 1, 1, p. 160 (mise à jour) avec les notes. Voir aussi *R.* c. *Atkinson*, précité, note 31, pp. 201-202.

149. Voir *R.* c. *Shanower* (1972), 8 C.C.C. (2d) 527 (C.A. Ont.); *R.* c. *Truax* (1979), 22 *Crim. L.Q.* 157 (C.A. Ont.); cette jurisprudence est citée dans NADIN-DAVIS et SPROULE, *loc.cit.*, note 148, p. 160 et notes.

ou est regardé comme une manifestation de repentir[150]. Tenant l'égalité pour un principe fondamental[151], nous estimons néanmoins qu'il y a lieu de reconnaître l'effet néfaste *éventuel* de la négociation du plaidoyer pour l'égalité des peines.

La notion d'égalité de traitement a été étudiée par la Commission dans d'autres contextes. Ainsi, dans notre document de travail intitulé *La déjudiciarisation*[152], nous exprimions l'avis que «l'égalité de la justice ne doit pas être recherchée pour elle-même sans tenir compte des autres facteurs en considération», et que «[s]i l'inégalité qui en résulte est suffisamment minime, il peut être intéressant de s'en accommoder afin d'atteindre d'autres objectifs tout aussi importants». Cela dit, nous reconnaissions du même coup la nécessité de limiter les inégalités qui découlent inévitablement de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. À cet effet, nous avions recommandé l'élaboration de lignes directrices régissant l'exercice de ces pouvoirs; nous suggérions également une plus grande publicité des décisions de nature discrétionnaire[153]. De telles mesures nous sembleraient particulièrement bienvenues dans le domaine de la négociation du plaidoyer.

En recommandant l'établissement de lignes directrices non inscrites dans un texte de loi, nous reconnaissons que la réglementation législative de la négociation du plaidoyer pourrait bien ne pas suffire à elle seule à garantir l'égalité de traitement, et qu'il faudra recourir dans une certaine mesure à d'autres moyens pour réglementer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de la poursuite. Ce fait a également été reconnu par d'autres organismes qui se sont attaqués au problème de l'égalité de traitement dans le cadre de la négociation du plaidoyer. Par exemple, l'American Law Institute a inclus dans son *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* une disposition obligeant tous les bureaux du procureur général des États à établir des procédures et lignes directrices visant à donner des chances égales, en matière de négociation du plaidoyer, aux accusés se trouvant dans une situation semblable, et à rendre ces procédures et lignes directrices exécutoires par l'établissement de règlements[154].

---

150. Voir *R.* c. *Turner*, précité, note 31, p. 285; *R.* c. *Layte*, précité, note 148. Pour ce qui est de l'influence du plaidoyer de culpabilité sur la peine, en revanche, voir *R.* c. *Spiller*, [1969] 4 C.C.C. 211, pp. 214-215 (C.A. C.-B.) (cité dans FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 506, n. 41 et 561); *R.* c. *Wisniewski* (1975), 29 C.R.N.S. 342 (Cour de comté Ont.); *R.* c. *Basha* (1979), 23 Nfld. et P.E.I.R. 286 (C.A. T.-N.); *R.* c. *Bruce* (1982), 28 C.R. (3d) 247 (C.A. Î.-P.-É.) (cité dans NADIN-DAVIS et SPROULE, *loc. cit.*, note 148, pp. 160-161 et notes).

151. Voir BAYLES, *loc. cit.*, note 38, pp. 54-55; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 35, p. 26.

152. *Op. cit.*, note 39, p. 11.

153. *Id.*, pp. 10, 24 et 25.

154. *Op. cit.*, note 7, art. 350.3(2), p. 244.

VI. Le caractère exécutoire des ententes

Le caractère exécutoire des ententes éventuellement conclues constitue un important aspect de la négociation du plaidoyer[155]. Nous avons pu constater, en étudiant la jurisprudence pertinente, quelque incertitude à cet égard. Ainsi, dans certains cas (parfois sans rapport avec les ententes sur le plaidoyer[156]), les tribunaux ont refusé de considérer comme obligatoire pour la poursuite le point de vue exprimé au sujet de la peine par le représentant de la Couronne au procès[157]. Dans l'affaire *R.* c. *Kirkpatrick*[158], par exemple, la Cour d'appel du Québec a fait droit à l'appel formé par le ministère public contre une peine d'une journée de prison, trois ans de probation et 1 000 $ d'amende infligée à l'accusé (y substituant une peine de trois ans d'emprisonnement), bien que le poursuivant eût indiqué au procès qu'il ne s'opposait pas à une amende de 1 000 $[159]. Et dans *R.* c. *Mouffe*[160], la même juridiction a fait droit à l'appel interjeté par le ministère public contre la peine suggérée par le substitut

---

155. Pour une analyse de cette question et d'une grande partie de la jurisprudence citée ci-dessous, voir COHEN, *op. cit.*, note 28, pp. 186-187, FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 502-503 et l'excellent article de VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 244-248.

156. Voir *R.* c. *Cusak* (1978), 41 C.C.C. (2d) 289 (C.S. N.-É. Div. app.), p. 295; le juge Hart a déclaré, en rendant le jugement de la Cour :

> [TRADUCTION]
> L'examen de la jurisprudence me montre que si les juridictions d'appel hésitent à modifier une peine prononcée avec l'approbation du ministère public, c'est seulement lorsque des tentatives ont été faites en vue d'un marché sur le plaidoyer. On a jugé qu'il serait injuste pour l'accusé qui a plaidé coupable parce que la Couronne s'était engagée à ne pas s'opposer à une peine donnée, de permettre à la Couronne, par voie d'appel, de désavouer son point de vue initial.

Après avoir exprimé l'avis (p. 298) que :

> [TRADUCTION]
> Les juridictions d'appel doivent avoir toute liberté pour considérer les observations de la Couronne comme un simple élément lorsqu'il s'agit de déterminer la convenance de la peine, sauf dans les cas où le plaidoyer a fait l'objet d'un marché; et même alors, dans des circonstances exceptionnelles comme celles évoquées par le juge d'appel Montgomery dans l'affaire *Mouffe*, la juridiction d'appel peut estimer nécessaire d'intervenir,

le juge a poursuivi (p. 299) : [TRADUCTION] «Dans la présente affaire, l'intimé a librement plaidé coupable à l'égard de l'infraction dont il était accusé, avant que le tribunal n'ait été saisi de la question de la peine [...] Personne n'a fait allusion à la tenue de négociations au sujet du plaidoyer».

157. Voir cependant *R.* c. *Christie et al.* (1956), 115 C.C.C. 55 (C.A. Sask.). Le juge d'appel Gordon (à l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Martin et les juges d'appel Procter et Culliton) a déclaré, à la p. 56 : [TRADUCTION] «En ce qui a trait à l'accusé Wolfe, le substitut du procureur général a consenti à la suspension de la peine prononcée contre lui et nous ne croyons pas que dans ces circonstances, il y aurait lieu de faire droit à un appel formé par le ministère public, tout en estimant qu'il a été traité avec une très grande clémence».

158. [1971] C.A. 337.

159. Le juge Montgomery (appuyé par le juge Owen) a rendu une opinion dissidente. Voir *infra*, note 211 et le texte y afférent.

160. (1972) 16 C.R.N.S. 257 (C.A. Qc).

du procureur général au procès (et a prononcé une peine plus sévère)[161]. Dans l'affaire *R.* c. *Simoneau*[162], il s'agissait d'un accusé interjetant appel, devant la Cour d'appel du Manitoba, d'une peine plus sévère que celle que les parties avaient conjointement suggérée au tribunal; l'accusé faisait valoir notamment (suivant les termes du juge Matas) [TRADUCTION] «qu'il était inacceptable que la Couronne[163] s'oppose à l'appel, à cause de l'entente conclue au moment du procès [...][164]». Rejetant l'argument[165], le juge Matas a exprimé l'avis que [TRADUCTION] «[d]ans l'exercice de son pouvoir de juridiction, une cour d'appel ne doit pas nécessairement, dans tous les cas, considérer la Couronne comme liée au point de vue qu'elle a adopté lors du procès[166]». Certes, [TRADUCTION] «[e]lle considérera certainement la position antérieure du ministère public comme un élément important devant être pris en compte[167]», a déclaré le juge, [TRADUCTION] «mais la question de savoir si la Couronne doit ou non être liée, dépend des circonstances de l'espèce[168]».

Suivant d'autres décisions (où, encore une fois, il n'y a pas nécessairement eu négociation du plaidoyer), en revanche, il n'y a en général pas lieu de permettre à la poursuite de désavouer d'une façon unilatérale une entente conclue sur le plaidoyer[169]. Dans *R.* c. *Ah Tom*[170], par exemple (une affaire de la Nouvelle-Écosse), l'accusé dont le plaidoyer de culpabilité avait été encouragé par une déclaration du poursuivant lui ayant fait croire qu'il ne se verrait infliger qu'une légère amende en cas de déclaration de culpabilité, a pu obtenir un nouveau procès et l'autorisation de plaider non

---

161. Comme dans l'affaire *Kirkpatrick*, le juge d'appel Montgomery (à l'opinion duquel a cette fois souscrit le juge Turgeon) était dissident. Il a notamment déclaré (p. 263) :

> [TRADUCTION]
> Il ne fait aucun doute pour moi que nous avons toute latitude pour faire droit à l'appel interjeté par la Couronne dans de telles circonstances; à mon avis, cependant, nous ne devrions le faire que dans des cas exceptionnels, lorsqu'il y a par exemple des preuves de mauvaise foi ou lorsque l'avocat de la Couronne a été induit en erreur. Or cela ne me semble pas être le cas en l'espèce.

162. Précitée, note 70.

163. D'autres avocats représentaient la Couronne lors de l'appel.

164. Précité, note 70, p. 316. L'«entente», en l'espèce, ne portait que sur la peine, et ne constituait pas une entente sur le plaidoyer.

165. Le juge d'appel Matas (à l'avis duquel ont souscrit les juges O'Sullivan et Hall) estimait (précité, note 70, p. 316) que [TRADUCTION] «des éléments différents peuvent devoir être pris en compte lorsque l'accusé a changé d'idée, par suite de l'engagement pris par la Couronne».

166. Précité, note 70, p. 316.

167. *Ibid.*

168. *Ibid.*

169. Voir *R.* c. *Jones* (1978), 40 C.C.C. 173 (C.S. C.-B.); on y étudie, dans un contexte légèrement différent, certaines de ces décisions.

170. (1928) 49 C.C.C. 204 (C.S. N.-É.).

coupable[171]. Et dans l'affaire *R.* c. *Stone*[172] (également de la Nouvelle-Écosse), l'accusée avait plaidé coupable relativement à une infraction à la législation douanière, dans des circonstances comportant [TRADUCTION] «certains indices révélant la tenue de négociations entre elle et le poursuivant, au sujet de la peine qu'elle devrait se voir infliger, et donnant à penser qu'elle avait affirmé son innocence et plaidé coupable pour protéger sa famille[173]». Suivant le juge en chef Chisholm, [TRADUCTION] «Il [...] ressort de la preuve qu'il y a eu certaines négociations entre l'accusée et le fonctionnaire des douanes, au sujet d'une légère amende qui serait imposée si elle plaidait *coupable*[174]». Le juge Graham, à ce propos, a poursuivi :

> [TRADUCTION]
> Il est admis que la poursuite a promis à l'accusée que, si elle donnait des renseignements, vraisemblablement au sujet de l'identité de la personne qui gardait des boissons alcooliques dans son garage, et si elle plaidait coupable, elle se verrait condamnée à l'amende minimum de 50 $. Elle a donné des renseignements, que les fonctionnaires ont cependant estimés sans aucune valeur. Ils se sont par conséquent considérés comme relevés du marché, mais ne le lui ont jamais dit. Ils l'ont amenée à plaider coupable en se fondant sur leurs promesses, et elle a été condamnée à l'amende maximale de 200 $[175].

Dans ces conditions, la Cour a confirmé, à la majorité, la décision permettant à l'accusée d'interjeter appel de sa condamnation (et faisant droit à cet appel)[176].

---

171. L'accusé avait été condamné à six mois de prison et à 500 $ d'amende (ou une peine supplémentaire de trois mois de prison s'il ne payait pas l'amende) par un magistrat qui [TRADUCTION] «a constaté qu'en fait l'accusé avait plaidé coupable parce que le poursuivant lui avait dit que s'il le faisait, il ne serait condamné qu'à une amende» (le juge en chef Harris, p. 205), et avait déclaré que [TRADUCTION] «eût-il été au courant de ce fait, il aurait ordonné un plaidoyer de non-culpabilité» (p. 205). Le juge en chef Harris (à l'avis duquel ont souscrit les juges Chisholm et Carroll) a qualifié de «trompeuses» (*misleading*) les déclarations faites par le poursuivant à l'accusé (p. 206).

172. (1932) 58 C.C.C. 262 (C.S. N.-É.).

173. *Id.*, le juge Mellish, p. 266.

174. *Id.*, p. 264 (en italiques dans l'original).

175. *Id.*, p. 267.

176. *Cf. R.* c. *Morrison*, précité, note 70. En l'espèce, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, étant saisie d'une demande d'autorisation d'en appeler de la peine, s'est vue déclarer que les avocats de la défense et du ministère public avaient, au procès, [TRADUCTION] «conclu une entente sur le plaidoyer stipulant que, dans le cas où l'appelant exercerait un nouveau choix et modifiait son plaidoyer de culpabilité, le poursuivant recommanderait au tribunal une peine de trois mois d'emprisonnement, à purger consécutivement à la peine purgée à ce moment-là par l'appelant» (le juge Pace, pp. 529-530). L'avocat de la poursuite, en appel (il ne s'agissait pas de l'avocat qui avait représenté le ministère public lors de la détermination de la peine de l'accusé) [TRADUCTION] «a reconnu que ce marché avait bel et bien été conclu et que le procureur de la Couronne au procès n'avait pas respecté ses engagements» (p. 530). Après voir fait observer que l'avocat de l'accusé n'avait pas soulevé la question devant le juge de première instance, la Cour (p. 530) a souligné que [TRADUCTION] «les tribunaux ne sont pas liés par les ententes sur le plaidoyer conclues par les avocats», et que si [TRADUCTION] «[i]l est possible que dans certaines circonstances, le tribunal n'autorise pas une partie à désavouer une entente après qu'elle a été présentée au juge du procès», cela «ne signifie pas que le tribunal soit tenu à l'exécution de cette entente». En l'espèce, a signalé la Cour (p. 530), [TRADUCTION] «l'appelant pouvait soit interjeter appel de sa déclaration de culpabilité, soit demander au juge de première instance l'autorisation de retirer son plaidoyer; il n'a fait ni l'un ni l'autre». Dans ces conditions, il était [TRADUCTION] «maintenant trop tard pour soulever la question» (p. 530).

Dans l'affaire *R.* c. *Agozzino*[177], la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel formé par le ministère public, au sujet de la peine que celui-ci jugeait «absolument inadéquate[178]» prononcée contre l'accusé. La Cour a fait observer qu'[TRADUCTION] «avant le procès, le procureur de la Couronne avait annoncé qu'il ne réclamerait pas une condamnation à la prison et, en se fondant sur cette déclaration, l'avocat de l'accusé a reçu l'instruction de plaider coupable[179]». La Cour aurait sans doute fait droit à l'appel, a-t-elle déclaré, si elle s'était estimée libre de prendre en considération la suffisance de la peine, mais elle a conclu qu'[TRADUCTION] «il serait maintenant tout à fait injuste, non seulement pour le magistrat mais également pour l'accusé, que le ministère public, par le moyen du présent appel, modifie sa position et demande une peine d'emprisonnement sévère[180]». Elle a ajouté : [TRADUCTION] «Dans les faits, l'appel constitue un désaveu du point de vue adopté par le procureur de la Couronne lors du procès, et nous ne souhaitons pas donner effet à ce désaveu[181]».

---

177. [1970] 1 C.C.C. 380 (C.A. Ont.).

178. *Id.*, le juge en chef Gale, p. 381.

179. *Ibid.*

180. *Id.*, pp. 381-382.

181. *Id.*, p. 382. Voir *R.* c. *Boutilier* (1981), 48 N.S.R. (2d) 179 (C.S. Div. app.), où la Couronne avait demandé l'autorisation d'interjeter appel de la peine (l'amende et une période de probation) infligée à l'accusé qui avait plaidé coupable pour abus de confiance. Ayant relevé (p. 179) que [TRADUCTION] «[o]n a informé cette cour qu'une entente sur le plaidoyer avait été conclue entre la Couronne et l'accusé, suivant laquelle la Couronne s'est engagée à ne pas exiger une peine d'emprisonnement ...», la cour a conclu (p. 180) que [TRADUCTION] «[v]u cette entente et comme nous ne connaissons pas nécessairement tous les faits liés à ce marché, nous ne sommes pas disposés à accorder à la Couronne l'autorisation d'interjeter appel de la peine prononcée par le magistrat». Dans *R.* c. *Dubien*, précité, note 31, le procureur de la Couronne avait déclaré, dans des discussions avec l'avocat de la défense avant que l'accusé plaide coupable, [TRADUCTION] «que, dans le cas où l'accusé serait suffisamment repentant pour plaider coupable relativement à l'accusation de viol (et non pas de tentative de viol), et s'il était disposé à reconnaître devant le tribunal qu'il avait besoin d'aide psychiatrique, la Couronne reconnaîtrait l'existence de ces circonstances atténuantes et s'engagerait à ne pas demander au tribunal de déclarer que l'accusé était un délinquant dangereux», et que [TRADUCTION] «[l]a Couronne chercherait, dans ces circonstances, à obtenir une peine d'emprisonnement de sept à dix ans» (le juge en chef adjoint MacKinnon, p. 380). Mais, le juge de première instance ayant indiqué [TRADUCTION] «qu'il condamnerait l'accusé à une peine de cinq ans de toute façon [...], la Couronne a dit à l'avocat de la défense que, si l'accusé plaidait maintenant coupable relativement à l'inculpation de viol, et était condamné à une peine de cinq ans, le procureur ne recommanderait pas au bureau du procureur général d'interjeter appel de cette peine», et «a en outre exprimé l'avis que, en l'absence d'une telle recommandation de la part du substitut du procureur général qui s'était occupé de l'affaire, aucun appel relatif à la peine ne serait formé» (le juge en chef adjoint MacKinnon, p. 381). Faisant droit à l'appel ultérieurement interjeté par la Couronne de la peine d'emprisonnement de cinq ans infligée après que l'accusé eut plaidé coupable et eut été condamné pour viol, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné notamment que le procureur avait dit clairement à l'avocat de l'accusé, au cours de leurs discussions ayant précédé le plaidoyer de culpabilité de celui-ci, [TRADUCTION] *«que le procureur adjoint de la Couronne responsable de l'affaire n'avait aucunement le pouvoir d'engager le procureur général sur la question de l'appel, et que la décision ultime revenait à celui-ci»* (le juge en chef adjoint MacKinnon, p. 381; les italiques figurent dans l'original). Puisque le poursuivant, au procès, n'avait pas recommandé que l'on interjette appel de la peine infligée à l'accusé, et n'avait pas engagé le processus pour que celui-ci soit déclaré délinquant dangereux, a déclaré la Cour, il n'avait pas manqué à ses engagements.

Dans l'affaire *R.* c. *Fleury*[182], le ministère public avait interjeté appel de peines légèrement plus courtes que celles recommandées par le procureur au procès, en demandant cette fois la condamnation à des peines d'emprisonnement sensiblement plus longues. À la majorité, la Cour d'appel du Québec a rejeté le pourvoi. Dans son jugement, le juge Montgomery (membre de cette majorité), après avoir rappelé ses opinions dissidentes dans les affaires *Mouffe* et *Kirkpatrick*, a déclaré :

> [TRADUCTION]
> Lorsque, à la suite d'un plaidoyer de culpabilité, la Couronne suggère au juge la clémence, je ne prétends pas que celui-ci soit tenu de suivre cette recommandation. Il lui est parfaitement loisible de déclarer qu'il a l'intention de prononcer une peine sévère et de demander à l'accusé s'il souhaite retirer son aveu de culpabilité. En revanche, s'il retient la recommandation de la Couronne, une cour d'appel ne devrait à mon avis intervenir que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. L'accusé pourrait souhaiter retirer son plaidoyer, mais il pourrait aussi souhaiter présenter de nouveaux éléments de preuve relativement à l'atténuation de la peine[183].

L'accusation avait accepté dans l'affaire *R.* c. *Brown*[184], contre le plaidoyer de culpabilité de l'accusé relativement à un chef d'inculpation, d'en retirer certains autres et d'informer le juge qu'elle ne demandait pas une peine consécutive à celle que l'accusé purgeait à ce moment-là. Après l'aveu de culpabilité de l'accusé, cependant, [TRADUCTION] «l'avocat de la poursuite a paru hésiter, mais tout compte fait, il semble avoir exhorté le juge qui présidait le procès [...] à prononcer une peine consécutive[185]». Vu les circonstances, la Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à l'appel interjeté par l'accusé de la peine prononcée, substituant une peine concomitante à la peine consécutive finalement prononcée.

Toutefois, la jurisprudence relative à la possibilité pour le ministère public de désavouer l'entente n'est pas unanime en ce qui a trait aux critères qui doivent fonder la décision. Il y a premièrement le critère proposé dans l'arrêt *A.-G. Canada* c. *Roy*[186]. En l'espèce, la Cour du Banc de la Reine du Québec a rejeté l'appel interjeté par le procureur général du Canada, d'une peine qu'il tenait pour inadéquate. Le juge Hugessen a tout d'abord observé que la peine infligée à l'accusé avait été suggérée par le procureur de la Couronne lors du procès (un autre avocat que celui qui a agi pour l'appel), et a pris en considération l'argument de l'accusé suivant quoi [TRADUCTION] «la peine infligée avait dans les faits été négociée et les deux parties y avaient consenti avant le plaidoyer de culpabilité[187]». Puis il a fait valoir, entre autres, que [TRADUCTION] «[l]a Couronne, comme tout autre justiciable, ne devrait pas avoir la possibilité de désavouer devant une juridiction d'appel la position adoptée par son représentant lors

---

182. (1971) 23 C.R.N.S. 164 (C.A. Qc).

183. *Id.*, p. 175.

184. Précitée, note 70.

185. *Id.*, le juge en chef Gale, p. 228. Comme la Cour l'a également fait observer (p. 228), le juge de première instance [TRADUCTION] «n'était bien entendu lié d'aucune façon, et peut-être ne savait-il absolument rien de la transaction antérieure [...]».

186. (1972) 18 C.R.N.S. 89 (B.R. Qc).

187. *Id.*, p. 90.

du procès, sauf pour les raisons les plus graves[188]». Le juge a étoffé son raisonnement dans les termes suivants :

> [TRADUCTION]
> Ces raisons pourraient consister dans l'illégalité de la peine prononcée ou dans la possibilité pour la Couronne d'établir que son procureur avait d'une façon ou d'une autre été induit en erreur; enfin, il y aurait le cas où l'on peut démontrer que la gravité du crime et l'insuffisance manifeste de la peine prononcée l'emportent sur l'intérêt public quant à l'administration ordonnée de la justice[189].

Il a ensuite conclu : [TRADUCTION] «Appliquant ces principes en l'espèce, il ne me paraît pas que la Couronne ait satisfait au critère que je viens d'énoncer[190]».

Le critère proposé dans l'affaire *Roy* a été appliqué par la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'affaire *R.* c. *MacArthur*[191]. Au procès, l'avocat du ministère public n'avait présenté aucun argument relatif à la peine, conformément à une entente en vertu de laquelle l'accusé avait plaidé coupable relativement à une inculpation de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles. Le juge MacDonald (qui a rendu le jugement de la Cour), rejetant l'appel formé par le ministère public de la peine finalement prononcée, a cité l'opinion du juge Hugessen dans l'affaire *Roy*, et déclaré : [TRADUCTION] «En l'espèce, la peine prononcée n'était pas illégale, et le ministère public n'a pas prétendu avoir été induit en erreur. Par conséquent, la peine ne saurait être modifiée que si elle est gravement insuffisante et qu'il soit dans l'intérêt public de le faire[192]». Le juge a ensuite déclaré : [TRADUCTION] «Si j'avais présidé ce procès, j'aurais sans doute condamné l'accusé à une peine d'emprisonnement[193]», pour aussitôt ajouter :

> [TRADUCTION]
> [...] Je dois prendre en compte le fait que l'intimé a plaidé coupable et qu'il est maintenant trop tard pour qu'il puisse demander l'autorisation de retirer cet aveu. Il a plaidé coupable en croyant que le ministère public ne ferait aucune observation quant à la peine, et il serait injuste à l'égard de l'intimé, me semble-t-il, de le condamner à la prison alors qu'il aurait très bien pu plaider non coupable s'il avait su que le ministère public tenterait d'obtenir une peine d'emprisonnement[194].

Le juge MacDonald a conclu ainsi : [TRADUCTION] «Bien que l'on puisse presque dire que dans la présente affaire, la gravité du crime l'emporte sur l'intérêt public relatif à la bonne administration de la justice, la question doit être tranchée en faveur de l'accusé[195]».

---

188. *Id.*, p. 93.

189. *Ibid.*

190. *Ibid.*

191. (1978) 39 C.C.C. (2d) 158 (C.S. Î.-P.-É. Div. app.).

192. *Id.*, p. 160.

193. *Id.*, p. 161.

194. *Ibid.*

195. *Ibid.*

Dans l'affaire *R.* c. *Goodwin*[196], l'avocat du ministère public s'était engagé à recommander des peines d'emprisonnement cumulatives de dix mois si l'accusé plaidait coupable à l'égard d'inculpations de vol qualifié et de tentative de vol qualifié. L'accusé a effectivement plaidé coupable et la poursuite a fait la recommandation convenue, mais le tribunal a néanmoins condamné l'accusé à des peines d'emprisonnement concomitantes de seulement six mois, avec une probation de deux ans. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, statuant sur la demande subséquente d'autorisation d'interjeter appel présentée par le ministère public, et sur l'appel lui-même, s'est notamment demandé [TRADUCTION] «si le ministère public, par le moyen du présent appel, peut désavouer l'entente conclue et les observations faites par son représentant au juge de première instance, pour maintenant réclamer une peine d'emprisonnement beaucoup plus sévère[197]». Tout en concluant que les peines n'étaient pas appropriées et devaient donc être modifiées, la Cour a refusé de les augmenter au-delà des peines d'emprisonnement cumulatives de dix mois convenues. Après avoir cité le jugement *Roy*, le juge d'appel Pace (qui a rendu la décision de la Cour) a déclaré :

> [TRADUCTION]
> Dans le présent appel, il faut se demander si la peine infligée est à ce point insuffisante, au regard de la gravité des infractions, que l'intérêt public dans l'administration ordonnée de la justice s'en trouve atteint. Le ministère public n'avait pas l'obligation de conclure quelque marché que ce soit. Il considère maintenant qu'il ne devrait pas être tenu de respecter ses engagements; à cet égard, il faut tenir compte non seulement de l'insuffisance de la peine, mais également de l'équité envers l'intimé. Celui-ci avait le droit de voir les accusations instruites de la manière habituelle et de présenter au tribunal tout moyen de défense à sa disposition. À la lumière des conditions du marché, il a plaidé coupable. Peut-être le marché n'aurait-il pas dû être conclu, étant donné l'opinion exprimée par cette cour au sujet des peines appropriées aux crimes de cette nature. Quoi qu'il en soit, il a bel et bien été conclu et à mon avis, il doit être respecté. Au nom de l'honnêteté et de la justice, l'entente ne doit pas être désavouée.
>
> Bien que la peine convenue soit insuffisante, j'estime qu'elle ne l'est pas à un point tel qu'elle soit contraire à l'intérêt public, apprécié à la lumière de l'autre solution. Chose promise, chose due, et si le ministère public souhaite avoir ses coudées franches, la solution est simple, il faut éviter de conclure quelque marché que ce soit. Je ne prétends pas que cette cour confirmera toujours les marchés conclus par les avocats, fussent-ils répréhensibles ou faits à mauvais escient; mais dans l'appréciation des principes devant être appliqués pour résoudre de telles questions, la partie qui cherche à désavouer le marché n'a pas la tâche facile. En l'espèce, j'estime que le ministère public ne s'est pas acquitté de cette charge[198].

Dans l'affaire *R.* c. *Wood*[199], en revanche, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a adopté un point de vue légèrement différent en ce qui a trait à l'irrévocabilité devant être attribuée à la position adoptée par la poursuite au procès. Dans cette affaire, une peine de trente mois de probation avait été prononcée contre l'accusé, qui avait plaidé coupable relativement à une inculpation de grossière

---

196. (1981) 21 C.R. (3d) 263 (C.S. N.-É. Div. app.).

197. *Id.*, le juge Pace, p. 266.

198. *Id.*, p. 267.

199. Précitée, note 31.

indécence[200]. Le ministère public ayant par la suite demandé l'autorisation de porter cette sentence en appel, l'avocat de la défense s'est demandé, pour reprendre les termes du juge d'appel McDermid, [TRADUCTION] «si le ministère public devrait se voir autorisé à interjeter appel, étant donné qu'il avait laissé entendre au juge de la Cour provinciale qu'il ne souhaitait pas une peine d'emprisonnement[201]». Selon le juge McDermid, cette question n'était pas déterminante. [TRADUCTION] «La position adoptée par le procureur du ministère public devant le juge de première instance est une circonstance devant être prise en considération[202]», a-t-il fait valoir, [TRADUCTION] «mais nous ne pouvons être liés par cette position, et ne souhaitons pas limiter l'appel du ministère public pour une telle raison[203]». Dans les circonstances de l'espèce, et [TRADUCTION] «pour éliminer tout soupçon d'injustice envers l'accusé[204]», le juge a déclaré qu'il [TRADUCTION] «accorderait l'autorisation d'interjeter appel, annulerait la déclaration de culpabilité et ordonnerait la tenue d'un nouveau procès, l'accusé devant alors se voir offrir le choix approprié et avoir la possibilité de plaider coupable ou non coupable, comme il l'entend, à l'occasion du nouveau procès[205]». Il a ajouté que le ministère public ne devrait pas avoir la possibilité de présenter à titre de preuve le plaidoyer de culpabilité de l'accusé.

Le juge d'appel Moir a quant à lui adopté un point de vue quelque peu différent (auquel a souscrit son collègue le juge Haddad). Dans le cas présent, a-t-il fait valoir, [TRADUCTION] «le représentant du procureur général avait dit à l'avocat de la défense qu'il ne demanderait pas de peine d'emprisonnement si l'accusé plaidait coupable[206]», et [TRADUCTION] «manifestement, cela a eu pour effet d'encourager l'accusé à plaider coupable[207]». Dans les circonstances, le juge Moir estimait opportun de refuser l'autorisation d'interjeter appel. Bien que souscrivant à l'opinion du juge McDermid, suivant laquelle [TRADUCTION] «le substitut du procureur général ne peut engager celui-ci par le point de vue qu'il exprime quant à la peine, de sorte que le procureur général se verrait empêché d'interjeter appel[208]», il estimait que la position du procureur de la Couronne au procès constituait [TRADUCTION] «une circonstance importante devant être prise en considération pour déterminer s'il y a lieu de permettre à la Couronne

---

200. L'accusé ayant plaidé coupable, la poursuite a retiré un deuxième chef d'accusation, relatif à la sodomie.

201. Précitée, note 31, p. 105.

202. *Id.*, p. 110.

203. *Ibid.* Voir *R.* c. *Dubien*, précité, note 31; la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef MacKinnon, p. 383) a exprimé l'avis que [TRADUCTION] «le procureur de la Couronne ne pouvait supprimer le pouvoir discrétionnaire conféré au procureur général, pour déterminer si un appel devait ou ne devait pas être intenté, ni l'obligation pour le tribunal d'apprécier la suffisance de la peine, lorsque nous sommes saisis de la question».

204. Précitée, note 31, p. 110.

205. *Ibid.*

206. *Id.*, p. 111.

207. *Ibid.*

208. *Id.*, pp. 110-111.

d'interjeter appel, lorsqu'aucune peine d'emprisonnement n'a été prononcée[209]». Rejetant la solution proposée par le juge McDermid, le juge Moir a poursuivi :

> [TRADUCTION]
> La Cour, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder l'autorisation d'interjeter appel, doit assurer le fair-play. À cet effet, mon collègue le juge McDermid a ordonné à la Couronne de ne faire aucune allusion au plaidoyer de culpabilité de l'accusé pendant le nouveau procès qui est ordonné, pour tenter d'éviter que l'accusé ne subisse un préjudice à cause de ce qui s'est passé. L'accusé peut subir un préjudice pour d'autres raisons que l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité de sa part. En l'espèce, l'accusé, après avoir plaidé coupable, a révélé par l'entremise de son avocat qu'il avait consulté deux psychiatres. Au cours de ces consultations, il leur a dit certaines choses. La Couronne est maintenant au courant de ces faits. Elle peut désormais citer à titre de témoins ces deux psychiatres, qui sont à la fois habiles à témoigner et contraignables. La Cour ne peut empêcher qu'ils soient appelés à témoigner. Or cela causera sûrement un préjudice à l'accusé.
>
> En outre, l'accusé a été soumis à une probation très rigoureuse pendant environ un an. Il s'est parfaitement conformé aux conditions strictes de sa probation. Il me semble qu'après une si longue période, il serait peut-être inéquitable de le condamner à une peine d'emprisonnement. Habituellement, les appels relatifs à la peine sont présentés beaucoup plus rapidement devant cette Cour.
>
> Je ne prétends aucunement que la peine infligée en l'espèce soit adéquate. Je suis entièrement d'accord avec mon confrère le juge McDermid, pour dire qu'une peine de prison assez longue s'imposait. Toutefois, il nous est impossible de remettre l'accusé dans la situation où il se trouvait avant de plaider coupable; pour cette raison, et à cause du temps écoulé, je refuserais d'accorder la permission d'interjeter appel[210].

À notre avis, le concept d'équité suppose d'une manière générale que la poursuite se conforme aux ententes sur le plaidoyer conclues par elle et que le désaveu de celles-ci ne soit pas sanctionné par les juridictions d'appel. Comme le fait observer le juge d'appel Montgomery (avec l'appui du juge Owen) dans les motifs de sa dissidence dans l'affaire *Kirkpatrick* (après avoir fait mention de l'affaire *Agozzino*) : [TRADUCTION] «un tel désaveu, par le ministère public, du point de vue adopté par le procureur responsable de l'affaire, est contraire à la bonne administration de la justice, et nous ne saurions l'approuver que lorsqu'un intérêt public supérieur l'exige[211]». À notre avis, c'est dans la décision *Roy*[212] qu'a été le plus correctement exposé le critère applicable lorsqu'il s'agit de déterminer si la poursuite devrait être autorisée, ayant interjeté appel de la sentence, à désavouer le point de vue adopté par elle au moment du procès. La solution proposée dans l'affaire *Wood* (suivant laquelle le point de vue antérieur du poursuivant constituerait simplement [TRADUCTION] «une circonstance devant être prise en considération [...][213], ou [TRADUCTION] «une circonstance importante devant être

---

209. *Id.*, p. 111.

210. *Ibid.* Quant à l'admissibilité en preuve des communications entre un accusé et un psychiatre, *cf. R.* c. *C.K.L.* (1987), 62 C.R. (3d) 131 (C. distr. Ont.).

211. Précité, note 158, p. 339. Et il semble que la portée de cette remarque ne soit pas limitée aux cas d'entente sur le plaidoyer.

212. Précitée, note 186. Comme l'indiquent la recommandation 21 ci-dessous et le commentaire qui l'accompagne, ce n'est toutefois pas sans réserves que nous appuyons la décision *Roy*.

213. Précitée, note 31, le juge d'appel McDermid, p. 110.

prise en considération [...][214]») n'est pas suffisamment précise pour les juridictions d'appel aux prises avec le problème épineux du désaveu d'un marché relatif au plaidoyer[215]. Nous ne cherchons pas à restreindre la liberté des juges d'appel en la matière, mais nous estimons que, au nom des principes de clarté et d'équité, il y a lieu de formuler des critères plus précis pour régir l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges dans ce domaine. Comme nous l'expliquions dans notre récent rapport intitulé *Notre procédure pénale*[216], il n'est pas nécessaire — ni souhaitable au demeurant — d'éliminer, au nom de l'idéal de clarté, tous les éléments de souplesse et les pouvoirs discrétionnaires du processus décisionnel. Car ces éléments, après tout, sont intrinsèquement essentiels à la réalisation de l'objectif d'équité; ils imprègnent d'un certain sens d'humanité notre système de justice pénale[217]. Mais par ailleurs, cette souplesse et ces pouvoirs discrétionnaires peuvent s'avérer incompatibles avec les objectifs de clarté et d'équité, s'ils ne sont pas limités d'une façon appropriée. Ainsi, l'accusé qui envisage de plaider coupable par suite de l'engagement pris par le poursuivant a le droit, à notre avis, d'avoir une idée raisonnablement claire des circonstances dans lesquelles l'accusation pourrait désavouer cet engagement. Ce point de vue s'accorde avec les intentions et les arguments exprimés par le gouvernement du Canada dans *Le Droit pénal dans la société canadienne*[218], où il a recommandé la formulation claire et accessible des droits des personnes dont la liberté est directement menacée par le processus pénal. En outre, lorsqu'il s'agit de décider si la poursuite devrait être autorisée à désavouer un engagement ayant amené l'accusé à plaider coupable, des critères spécifiques, fixés à l'avance, devraient être appliqués (au nom de l'équité envers l'accusé et aussi le public). Cette idée est également conforme, pensons-nous, à un principe fondamental énoncé dans *Le Droit pénal dans la société canadienne*, où l'on a reconnu l'importance, pour assurer la responsabilité et l'égalité, d'élaborer des méthodes appropriées pour contrôler l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le processus pénal[219].

Lorsqu'un accusé a plaidé coupable à l'égard d'une infraction conformément à une entente, il nous paraîtrait inopportun, d'une manière générale, que la poursuite soit admise à engager ou à continuer des procédures (d'appel ou autres) contraires à ses engagements[220]. Le bien-fondé de ce point de vue nous semble confirmé par un certain

---

214. *Id.*, le juge d'appel Moir (le juge d'appel Haddad souscrivant à son opinion), p. 111.

215. Voir cependant les idées exprimées par E.G. EWASCHUK, «Criminal Pleadings» (1976), 35 C.R.N.S. 273, p. 294, et par VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 247-248.

216. *Op. cit.*, note 35, p. 27.

217. On trouvera des idées récentes sur les rapports entre les pouvoirs discrétionnaires et l'humanisme dans le domaine de la détermination de la peine dans le rapport minoritaire du commissaire B.J. Pateras dans *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, 367, p. 373.

218. *Op. cit.*, note 33, pp. 61-62, 69.

219. *Id.*, pp. 62, 73.

220. Voir *R.* c. *LeBlanc*, *R.* c. *Long* (1938), 71 C.C.C. 232 (C.S. N.-B. Div. app.), p. 239, où l'on dit en *obiter dictum* que, le plaidoyer de culpabilité de l'accusé eût-il été suscité par la promesse, de la part du poursuivant, de ne pas interjeter appel de la peine, alors qu'en réalité il l'a fait (le tribunal a conclu qu'aucune promesse de ce genre n'avait été faite), le manquement à une telle promesse [TRADUCTION] «pourrait donner quelque motif au tribunal de dire qu'il refuserait d'agir dans de telles circonstances».

nombre de décisions canadiennes traitant de l'applicabilité de la théorie de l'«abus de procédure» dans des situations analogues[221]. Dans l'affaire *Re Smith and the Queen*[222], par exemple, l'entente conclue entre l'accusé et le poursuivant portait non pas sur le plaidoyer, mais notamment sur la remise d'éléments de preuve contre la promesse que certaines inculpations ne seraient pas portées[223]. Tout en reconnaissant que l'intérêt public, en ce qui a trait à l'application de la loi, peut exiger la continuation de la poursuite dans certains cas[224], le juge Berger de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le marché conclu en l'espèce constituait une fin de non-recevoir à l'égard des inculpations en cause. En parlant de l'entente, le juge a déclaré : [TRADUCTION] «[o]n ne devrait pas [...] tenter d'éviter ses conséquences[225], [...]il s'agirait d'un abus de procédure[226]».

On trouve un raisonnement semblable dans la décision *R.* c. *Betesh*[227]. Dans cette affaire, le règlement amiable auquel on en était arrivé comportait l'engagement de ne pas poursuivre des employés pour des actes commis au cours d'une grève des postes. En faisant droit à la demande de l'accusé visant à l'arrêt des procédures subséquemment prises contre lui au sujet d'un acte censé avoir été commis pendant la grève, le juge Graburn (cour de comté) a exprimé l'avis que de telles procédures constituaient un abus. [TRADUCTION] «Bien que le concept "d'abus de procédure" n'ait pas été expressément formulé par les tribunaux dans les affaires *Agozzino*, *Brown* et *Roy*[228]», a-t-il déclaré, [TRADUCTION] «dans les faits, les tribunaux ont refusé de faire droit à la demande de la Couronne, puisque l'accorder aurait en réalité entraîné un abus de procédure[229]». Le juge a poursuivi son raisonnement dans les termes suivants : [TRADUCTION] «L'abus consiste dans le fait que *la Couronne manque à un engagement contracté par elle et présenté au tribunal. Manquer à cet engagement constitue un*

---

221. Voir *R.* c. *Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, où la Cour suprême du Canada a souscrit à l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R.* c. *Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1 (le juge d'appel Dubin, p. 31) suivant laquelle [TRADUCTION] «le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire général d'ordonner l'arrêt des procédures lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du fair-play et de la décence au sein de la société, ainsi que d'empêcher les abus consistant dans des procédures oppressives ou vexatoires», et que «[c]'est toutefois un pouvoir d'application spéciale, qui ne peut être exercé que dans les cas les plus manifestes». On pourrait aussi faire valoir que le fait d'instituer ou de continuer une poursuite en contravention d'une entente sur le plaidoyer serait contraire aux «principes de justice fondamentale» dont il est question à l'art. 7 de la Charte. Au sujet des rapports entre l'art. 7 et la théorie de l'abus de procédure, voir : D.C. MORGAN, «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 15, pp. 52-55.

222. (1974) 22 C.C.C. 268 (C.S. C.-B.). Voir également *Re Delaney* (1977), 17 N.B.R. (2d) 224 (B.R.); *R.* c. *Blackstock* (1983), 10 W.C.B. 73 (C. prov. Sask.). Voir cependant *R.* c. *Stafford* (1985), 14 W.C.B. 54 (C. distr. Ont.); *R.* c. *Burlingham* (1986), 1 W.C.B. (2d) 154 (C.S. C.-B.).

223. Il s'agissait de savoir si certaines accusations portées contre l'accusé étaient prévues par l'entente.

224. *Re Smith and the Queen*, précité, note 222, p. 272.

225. *Ibid.*

226. *Ibid.*

227. (1975) 30 C.C.C. (2d) 233 (C. comté Ont.).

228. *Id.*, pp. 250-251.

229. *Id.*, p. 251. Voir cependant *R.* c. *Clifford* (1981), 13 M.V.R. 264 (C. comté C.-B.).

abus de procédure. La Couronne est censée respecter les ententes qu'elle conclut en matière de poursuites[230]». Il a ensuite déclaré : [TRADUCTION] «J'ajouterai que la Couronne est censée se conformer à de telles ententes, qu'elles aient été présentées à la Cour ou non, puisque j'ai déjà conclu que le rôle du procureur général fédéral consiste autant à étudier l'opportunité d'intenter des poursuites qu'à les diriger[231]».

Dans l'affaire *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and The Queen*[232], le juge Jessup de la Cour d'appel de l'Ontario a fait observer que [TRADUCTION] «[p]our décrire les conduites réputées équivaloir à un abus de procédure, on a utilisé dans la jurisprudence des adjectifs tels que «vexatoire», «injuste» et «oppressif», et maintenant l'expression, «circonstances tout à fait exceptionnelles[233]». Ayant cité notamment les affaires *Betesh*, *Smith* et *Agozzino*[234], le juge Jessup a exprimé l'avis que [TRADUCTION] «la conduite de la Couronne dans cette affaire, à savoir le manquement à une promesse contractée par l'un de ses fonctionnaires supérieurs, justifie l'emploi de chacun des adjectifs que je viens d'énumérer[235]».

Dans l'affaire *R.* c. *Crneck, Bradley and Shelley*[236], le juge Krever de la Haute Cour de Justice de l'Ontario a souligné la valeur considérable[237] de l'argument présenté par une personne qui demandait l'arrêt des procédures : [TRADUCTION] «[l]e fait que la Couronne ait manqué à une entente en vertu de laquelle elle s'était engagée à assurer l'immunité de poursuite à une accusée en échange de sa collaboration, laquelle a effectivement été donnée, porte atteinte à l'administration de la justice et jette le discrédit sur tout le système[238]». Le juge a également reconnu le bien-fondé[239] de la thèse de la Couronne, suivant laquelle

> [TRADUCTION]
> la décision d'un procureur adjoint — qui représente le procureur général, celui-ci faisant partie du pouvoir exécutif — doit être considérée avec respect par le tribunal, car il s'agit d'une décision prise dans l'intérêt de l'administration de la justice et sur la base de renseignements que le juge ou le tribunal peut ignorer [...][240].

Il a cependant ajouté :

---

230. Précité, note 227, p. 251 (les italiques figurent dans l'original).

231. *Supra*, note 227, p. 251.

232. (1979) 47 C.C.C. (2d) 487, p. 496 (C.A. Ont.).

233. *Id.*, p. 496.

234. Le juge a également renvoyé à l'affaire *Re Delaney*, précitée, note 222.

235. Précité, note 232, p. 496.

236. (1980) 55 C.C.C. (2d) 1 (H.C. Ont.).

237. *Id.*, le juge Krever, p. 10.

238. *Ibid.*

239. *Id.*, le juge Krever, p. 12.

240. *Id.*, p. 12. Le juge a ajouté : [TRADUCTION] «[B]ien sûr, la décision dont je parle ici est la décision de désavouer l'entente, non pas la décision initiale».

[TRADUCTION]
Il paraît douteux que cet argument puisse l'emporter sur le principe voulant que les ententes conclues par un représentant du procureur général après réflexion et consultation d'agents de police expérimentés, doivent — parce que le représentant est, symboliquement et dans les faits, l'incarnation de l'idée que se fait la société de l'équité dans l'administration de la justice — doivent, dis-je, être mises à exécution[241].

Le juge a exprimé l'idée que, dans les circonstances particulières de l'espèce, [TRADUCTION] «[s]i l'on permet à la Couronne de renier l'engagement qu'elle avait pris au sujet de l'arrêt des procédures contre M^me^ Bradley, après que celle-ci a rempli sa promesse, elle [...] aura causé un grave préjudice à l'accusée pour sa défense contre cette accusation[242]». En conséquence, le juge Krever a ordonné l'arrêt de procédures qu'il a jugées abusives contre la requérante.

[TRADUCTION]
Cette considération [a-t-il déclaré] lorsqu'on y ajoute le principe jurisprudentiel suivant lequel la Couronne est censée respecter ses engagements, suffit à mon avis pour que l'on range la présente affaire dans la catégorie de celles qui présentent «des circonstances tout à fait exceptionnelles», pour reprendre les termes utilisés par le juge Jessup dans la décision *Abitibi Paper Co.*[243].

Plus récemment, dans la décision ontarienne *R.* c. *Engel*[244], le juge Draper (de la Cour provinciale) a souligné le fait que [TRADUCTION] «la Couronne a renié l'entente sur le plaidoyer, après que l'accusé s'y fut conformé et eut consenti à prolonger le délai pour la présentation du troisième chef d'inculpation [...][245]». Cette circonstance fait partie des motifs l'ayant amené à ordonner l'arrêt des procédures au sujet d'une inculpation qu'un procureur de la Couronne avait convenu de retirer[246].

---

241. Précité, note 236, p. 12. Avant de signaler qu' [TRADUCTION] «une question plus importante» se posait en l'espèce, le juge a ajouté : [TRADUCTION] «Vu le point de vue que j'adopte dans cette affaire, il est inutile de décider lequel de ces deux principes opposés doit l'emporter si aucun autre élément ne devait être pris en compte».

242. Précité, note 236, p. 12.

243. *Id.*, p. 13.

244. (1982) 7 W.C.B. 347 (C. prov. Ont.). *Cf. R.* c. *Kennedy* (1972), 6 C.C.C. (2d) 564 (C.A. Ont.).

245. Précité, note 244, p. 8 de l'original du jugement.

246. Le retrait de l'accusation, selon le juge Draper, était subordonné à ce que l'accusé plaide coupable à l'égard de l'accusation pour laquelle les poursuites étaient prescrites.

CHAPITRE DEUX

Recommandations et commentaires

Notre analyse des problèmes pratiques et théoriques de la négociation du plaidoyer, de même que la volonté d'assurer le respect des principes fondamentaux auxquels il a été fait allusion, nous ont permis de tirer certaines conclusions au sujet de la manière dont cette pratique devrait être réglementée. Une chose est sûre : il est indispensable, au regard des principes d'équité, de clarté et de responsabilité, d'assujettir la négociation du plaidoyer à un régime législatif. Comme nous l'avons déjà dit dans d'autres rapports, l'adoption de dispositions législatives est selon nous l'instrument privilégié pour parvenir à la certitude, à l'uniformité et à l'égalité (ces objectifs ressortissent aux principes évoqués ci-dessus)[247]. Le caractère informel de la négociation du plaidoyer a largement contribué à sa réputation douteuse; aussi jugeons-nous particulièrement opportun l'établissement de certaines restrictions d'ordre législatif.

L'intervention du législateur ne saurait toutefois régler tous les problèmes. Car le succès de tout régime législatif dépend inévitablement de la façon dont il est appliqué dans la pratique[248]. En outre, nous l'avons reconnu, nos recommandations ne sont pas toutes propres à être intégrées à la législation fédérale : certaines d'entre elles ne pourront se concrétiser que par l'élaboration et la promulgation de lignes directrices uniformes par les autorités compétentes. Nous n'avons pas essayé de concevoir un ensemble complet et détaillé de règles éthiques et professionnelles pour régir la conduite des poursuivants, des avocats de la défense et des juges en matière de négociation du plaidoyer; nous avons simplement voulu préciser quels sont à notre avis les éléments essentiels à un tel régime. En ce qui a trait à la teneur spécifique des règles auxquelles nous pensons (tant pour les lignes directrices que pour les dispositions législatives), voici nos recommandations.

---

247. Voir par exemple COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'interrogatoire des suspects*, *op. cit.*, note 2, p. 10; *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne*, *op. cit.*, note 2, pp. 6, 8.

248. Au sujet des résultats, dans la pratique, des dispositions législatives américaines destinées à améliorer la procédure entourant le plaidoyer de culpabilité (qu'il soit négocié ou non), voir d'une manière générale W.F. MCDONALD, «Judicial Supervision of The Guilty Plea Process: A Study of Six Jurisdictions» (1987), 70 *Judicature* 203.

I. Définitions

Les recommandations suivantes concernent à la fois les dispositions législatives et les lignes directrices.

RECOMMANDATION

1. L'expression «entente sur le plaidoyer[249]» devrait être définie comme toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée.

Commentaire

Il s'agit de la définition déjà proposée dans l'introduction du présent document. Elle prévoit explicitement la conclusion d'ententes véritablement synallagmatiques, comportant la prise d'engagements mutuels.

La définition est rédigée dans des termes larges (nous avons délibérément omis de préciser la nature de l'engagement du poursuivant) : elle doit en effet embrasser la très grande diversité des ententes susceptibles d'être conclues. Des auteurs ont cité plusieurs éléments pouvant dans la pratique faire l'objet de promesses : le nombre ou la gravité des chefs d'accusation[250]; la nature ou la sévérité de la peine recommandée par le poursuivant (ou à laquelle il s'engage à ne pas s'opposer)[251]; la façon dont s'exerce l'influence du poursuivant sur un certain nombre d'autres questions intéressant le sort de l'accusé[252].

Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, sont exclues de cette définition les ententes où l'engagement de l'accusé concerne autre chose que le plaidoyer de culpabilité (son témoignage ou certains renseignements par exemple).

---

249. Comme nous l'avons précisé, *supra*, à la note 8, c'est l'expression («plea agreement», en anglais) utilisée notamment dans le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, dans les *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7, et dans les *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7.

250. Voir par exemple FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 513; COHEN, *op. cit.*, note 28, p. 179.

251. *Ibid.*

252. Voir par exemple FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 513-514; COHEN, *op. cit.*, note 28, pp. 179-180.

RECOMMANDATION

2. L'expression «discussion sur le plaidoyer[253]» devrait être définie comme toute discussion ayant pour objet la conclusion d'une entente sur le plaidoyer.

Cette définition se passe d'explications.

RECOMMANDATION

3. (1) L'expression «incitation condamnable» devrait être définie comme toute incitation qui rend nécessairement suspecte l'authenticité du plaidoyer de l'accusé ou sa conformité avec les faits; elle inclut les circonstances énoncées ci-dessous, lorsqu'elles ont pour but d'encourager l'accusé à plaider coupable :

a) le dépôt de toute inculpation dont le poursuivant sait qu'elle n'est pas fondée au regard des faits susceptibles d'être prouvés[254];

b) le dépôt de toute accusation qui est inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputé à l'accusé[255];

c) le fait de menacer de porter une accusation visée aux alinéas a) ou b)[256];

d) toute menace de réclamer une peine plus sévère que celle habituellement infligée pour une semblable infraction à la suite d'un plaidoyer de non-culpabilité[257];

e) toute offre, menace ou promesse dont la réalisation échappe à la volonté de son auteur[258];

f) toute présentation inexacte d'un fait pertinent;

g) toute tentative pour persuader l'accusé de plaider coupable bien qu'il persiste à nier sa culpabilité.

---

253. Comme nous l'avons dit à la note 7, *supra*, cette expression («plea discussion» en anglais) est notamment utilisée dans le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, dans les *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association et dans les *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis.

254. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)*a*), p. 244.

255. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)*b*), p. 245.

256. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)*a*) et *b*), pp. 244-245.

257. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)*c*), p. 245. Elle viserait notamment les tentatives visant à susciter un plaidoyer de culpabilité par l'utilisation sélective et inéquitable des dispositions du *Code criminel* relatives à la remise à l'accusé d'un avis de l'intention du poursuivant de chercher à obtenir une «peine plus sévère [...] du fait de condamnations antérieures». Voir *Code criminel*, par. 665(1).

258. Voir la définition de la négociation du plaidoyer donnée par COHEN, *op. cit.*, note 28, p. 179.

I. Définitions

Les recommandations suivantes concernent à la fois les dispositions législatives et les lignes directrices.

RECOMMANDATION

1. L'expression «entente sur le plaidoyer[249]» devrait être définie comme toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée.

Commentaire

Il s'agit de la définition déjà proposée dans l'introduction du présent document. Elle prévoit explicitement la conclusion d'ententes véritablement synallagmatiques, comportant la prise d'engagements mutuels.

La définition est rédigée dans des termes larges (nous avons délibérément omis de préciser la nature de l'engagement du poursuivant) : elle doit en effet embrasser la très grande diversité des ententes susceptibles d'être conclues. Des auteurs ont cité plusieurs éléments pouvant dans la pratique faire l'objet de promesses : le nombre ou la gravité des chefs d'accusation[250]; la nature ou la sévérité de la peine recommandée par le poursuivant (ou à laquelle il s'engage à ne pas s'opposer)[251]; la façon dont s'exerce l'influence du poursuivant sur un certain nombre d'autres questions intéressant le sort de l'accusé[252].

Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, sont exclues de cette définition les ententes où l'engagement de l'accusé concerne autre chose que le plaidoyer de culpabilité (son témoignage ou certains renseignements par exemple).

---

249. Comme nous l'avons précisé, *supra*, à la note 8, c'est l'expression («plea agreement», en anglais) utilisée notamment dans le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, dans les *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7, et dans les *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7.

250. Voir par exemple FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 513; COHEN, *op. cit.*, note 28, p. 179.

251. *Ibid.*

252. Voir par exemple FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, pp. 513-514; COHEN, *op. cit.*, note 28, pp. 179-180.

RECOMMANDATION

2. L'expression «discussion sur le plaidoyer[253]» devrait être définie comme toute discussion ayant pour objet la conclusion d'une entente sur le plaidoyer.

Cette définition se passe d'explications.

RECOMMANDATION

3. (1) L'expression «incitation condamnable» devrait être définie comme toute incitation qui rend nécessairement suspecte l'authenticité du plaidoyer de l'accusé ou sa conformité avec les faits; elle inclut les circonstances énoncées ci-dessous, lorsqu'elles ont pour but d'encourager l'accusé à plaider coupable :

a) le dépôt de toute inculpation dont le poursuivant sait qu'elle n'est pas fondée au regard des faits susceptibles d'être prouvés[254];

b) le dépôt de toute accusation qui est inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputé à l'accusé[255];

c) le fait de menacer de porter une accusation visée aux alinéas a) ou b)[256];

d) toute menace de réclamer une peine plus sévère que celle habituellement infligée pour une semblable infraction à la suite d'un plaidoyer de non-culpabilité[257];

e) toute offre, menace ou promesse dont la réalisation échappe à la volonté de son auteur[258];

f) toute présentation inexacte d'un fait pertinent;

g) toute tentative pour persuader l'accusé de plaider coupable bien qu'il persiste à nier sa culpabilité.

---

253. Comme nous l'avons dit à la note 7, *supra*, cette expression («plea discussion» en anglais) est notamment utilisée dans le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, dans les *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association et dans les *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis.

254. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)*a*), p. 244.

255. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)*b*), p. 245.

256. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)*a*) et *b*), pp. 244-245.

257. Cette disposition s'inspire du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, al. 350.3(3)c), p. 245. Elle viserait notamment les tentatives visant à susciter un plaidoyer de culpabilité par l'utilisation sélective et inéquitable des dispositions du *Code criminel* relatives à la remise à l'accusé d'un avis de l'intention du poursuivant de chercher à obtenir une «peine plus sévère [...] du fait de condamnations antérieures». Voir *Code criminel*, par. 665(1).

258. Voir la définition de la négociation du plaidoyer donnée par COHEN, *op. cit.*, note 28, p. 179.

(2) Il y aurait lieu de définir l'expression «incitation condamnable» de telle façon que soit clairement exclu le fait d'encourager l'accusé à conclure une entente sur le plaidoyer, au sens de la recommandation 1[259].

Commentaire

Par cette recommandation, à laquelle s'ajoutent les recommandations 5, 19a) et 20a), nous avons voulu établir des limites quant aux types d'incitations pouvant être exercées à l'égard des accusés dans le cadre des discussions sur le plaidoyer (et dans d'autres contextes). Cet objectif s'accorde avec le point de vue exprimé par le *Criminal Law and Penal Methods Reform Committee of South Australia*[260], qui estime que si les discussions sur le plaidoyer n'ont en soi rien de répréhensible, tel n'est pas le cas de certaines méthodes de négociation. Les alinéas (1) a) à d) décrivent certaines techniques d'intimidation. Quant à l'alinéa e), il concerne des pratiques qui, selon la jurisprudence américaine, [TRADUCTION] «doivent être tenues pour incompatibles avec le rôle du poursuivant [...][261], et d'autres qui, pareillement, ne correspondent pas à ce que l'on attend des agents de police. Seraient visées les tactiques d'intimidation comme le recours à la violence ou les menaces de violence, et également d'autres pratiques inadmissibles, ressortissant par exemple à la corruption. L'alinéa f) est consacré aux procédés qui rendent incertaine la [TRADUCTION] «valeur effective[262]» des concessions soi-disant faites par l'accusation : par exemple, on dit à l'accusé qu'il risque, s'il est déclaré coupable, de se voir infliger une peine très sévère, alors qu'en réalité il encourt une peine moins grave; ou encore, on lui fait [TRADUCTION] «des promesses impossibles à tenir[263]» (on lui promet qu'il bénéficiera d'une libération conditionnelle après avoir purgé une partie beaucoup plus petite de sa peine que ce que la loi prévoit). Quant à l'alinéa g), complément de la recommandation 9, il a trait aux incitations répondant spécifiquement à la volonté de vicier l'authenticité du plaidoyer de culpabilité.

Notre intention n'était pas d'épuiser dans cette recommandation les actes susceptibles de constituer une incitation condamnable. Il s'agit de tenter de garantir l'authenticité du plaidoyer de culpabilité et sa conformité avec les faits, surtout lorsqu'il résulte de discussions.

---

259. Pour ce qui est des liens possibles entre les incitations condamnables et les fautes professionnelles, voir par exemple LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, *Professional Conduct Handbook*, Toronto, Law Society of Upper Canada, 1978 (modifié), règle 8 et commentaire.

260. CRIMINAL LAW AND PENAL METHODS REFORM COMMITTEE OF SOUTH AUSTRALIA, *Third Report: Court Procedure and Evidence*, Adélaïde, Le Comité, 1975, p. 119.

261. *Brady* c. *United States*, précité, note 122, p. 755; citation tirée de *Shelton* c. *United States*, précité, note 122, p. 572, n. 2.

262. *Ibid.*

263. *Ibid.*

II. Le déroulement des discussions sur le plaidoyer

A. Dispositions législatives

Les recommandations suivantes devraient prendre la forme de dispositions législatives.

RECOMMANDATION

4. (1) Il y aurait lieu de permettre les discussions sur le plaidoyer entre le poursuivant et l'accusé, ou l'avocat de celui-ci en son nom[264].

(2) Aucun juge ou juge de paix qui est ou sera saisi des poursuites intentées contre l'accusé ne devrait prendre part aux discussions[265].

(3) Malgré le paragraphe (2), il devrait être permis au juge en chef, ou à un juge désigné par celui-ci, d'amorcer et de conduire des discussions sur le plaidoyer entre le poursuivant et la défense, à condition qu'il soit précisé clairement que l'accusé ne comparaîtra pas devant ce juge et que rien ne l'oblige à conclure une entente sur le plaidoyer.

[(4) Un juge peut informer en des termes généraux le poursuivant et la défense des éventuels avantages de discussions sur le plaidoyer, et leur donner l'occasion d'engager de telles discussions[266].]

Commentaire

Cette recommandation consacre d'une manière générale la légitimité des discussions sur le plaidoyer entre les accusés (ou leur avocat) et les poursuivants[267]. Le paragraphe (1) énonce la proposition fondamentale : correctement appliquée, cette pratique n'a en soi rien de condamnable. Le paragraphe (2) précise toutefois que la participation aux négociations (consistant par exemple à offrir de condamner l'accusé à

264. Le paragraphe (1) s'inspire dans une certaine mesure de la règle 11(e)(1) des *Federal Rules of Criminal Procedure*, précitées, note 7, du paragraphe 350.3(1) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, p. 244 et de la règle 14-3.1*a*) des *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7.

265. Le paragraphe (2) s'inspire dans une certaine mesure de la règle 11(e)(1) des *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7, du paragraphe 350.3(1) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, p. 244 et de la recommandation 13.10 du *Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, *op. cit.*, note 29, p. 469. La formulation découle aussi en partie du paragraphe 625.1(1) du *Code criminel*. Voir NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 12, proposition provisoire 4, p. 494.

266. *Cf.* l'article 14-3.3(e) des *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7.

267. On trouvera un résumé du point de vue américain sur cette question dans VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 231-232.

une peine donnée en échange du plaidoyer de culpabilité, ou à servir d'intermédiaire dans les discussions entre la défense et le poursuivant) ne devrait pas être permise au «juge ou juge de paix qui est ou sera saisi des poursuites intentées contre l'accusé [...]».

Les risques posés par la participation du juge aux discussions sont considérablement moindres lorsque le juge en question n'est pas celui «qui est ou sera saisi des poursuites intentées contre l'accusé»; c'est le principe reconnu au paragraphe (3). Pourvu que soit protégée la liberté de choix de l'accusé, et que celui-ci ne se sente l'objet d'aucune pression, nous croyons que l'expérience et l'objectivité d'un juge chevronné peuvent contribuer au caractère réaliste des discussions et à la conclusion d'ententes susceptibles d'être acceptables. Comme le prévoit la recommandation, le juge le plus compétent à cet effet pourrait bien être le juge en chef ou un juge spécialement désigné par lui. La souplesse nous semble de mise quant au cadre dans lequel le juge devrait proposer la tenue de discussions sur le plaidoyer ou faire office de médiateur. Par exemple, cette intervention du juge n'est pas limitée, dans notre recommandation, aux conférences préparatoires au procès (encore que celles-ci soient souvent, croyons-nous, propices à ce genre d'intervention).

Le paragraphe (4), qui figure entre crochets, représente un point de vue minoritaire au sein de la Commission. Il permet aux juges, en tout état de cause, de favoriser le dénouement équitable et efficace des affaires pénales en encourageant la tenue de discussions sur le plaidoyer, mais sans y participer eux-mêmes. La majorité des commissaires n'ont pas voulu entériner cette partie de la recommandation (qui pourrait être invoquée par le juge du fond même après que des dicussions amorcées et conduites en application du paragraphe (3) ont échoué), craignant la façon dont, autrement, l'accusé et le public risqueraient, à tort ou à raison, d'interpréter les efforts du juge visant à encourager des discussions sur le plaidoyer, et tenant à ce que le régime proposé soit en parfaite harmonie avec la présomption d'innocence. Rappelons les propos du juge en chef Kent (qui traitait d'une autre question) dans l'affaire *R.* c. *Gagnon*[268] : [TRADUCTION] «il est de toute première importance, selon la jurisprudence, que le juge ne se place pas lui-même dans une situation où il se trouverait à avoir encouragé — fût-ce indirectement — l'accusé à plaider coupable[269]». En outre, [TRADUCTION] «le tribunal doit toujours se rappeler que, dans les faits comme selon les apparences, l'accusation et la défense doivent au départ se trouver sur un pied d'égalité[270]». Les mêmes considérations ont été exprimées avec une particulière vigueur dans l'affaire *R.* c. *Roy*[271] (tranchée par un juge sans jury). Lors de la présentation par le ministère public de ses arguments, le juge de première instance avait semble-t-il (pour reprendre les termes de la Cour d'appel de l'Ontario) [TRADUCTION] «suscité des discussions au sujet d'un éventuel plaidoyer de culpabilité de la part de l'accusé,

268. (1985) 48 C.R. (3d) 93 (C. distr. Ont.).

269. *Id.*, p. 95. Le juge Kent parlait ici d'affaires [TRADUCTION] «qui portent toutes sur une opinion exprimée par le juge au sujet de la peine, avant le plaidoyer». Il a aussi souligné que [TRADUCTION] «aucune de ces affaires ne porte d'une manière précise sur le cas dont je suis saisi [...]».

270. Précité, note 268, le juge Kent, p. 96.

271. (1976) 32 C.C.C. (2d) 97 (C.A. Ont.).

relativement à une infraction de moindre gravité[272]». La Cour d'appel a fait droit à l'appel interjeté par l'accusé contre sa condamnation (il avait pourtant persisté à se déclarer innocent), estimant qu'un juge siégeant sans jury [TRADUCTION] «ne peut susciter de telles discussions après avoir ouvert le procès et entendu la preuve, sans porter atteinte à son image d'impartialité et d'ouverture d'esprit; or, ces qualités sont absolument essentielles au regard de l'équité du procès et de la présomption d'innocence[273]». La Cour a ainsi explicité sa pensée : [TRADUCTION] «S'il suscite de telles discussions et demande à l'avocat de l'accusé de parler à celui-ci de plaidoyer de culpabilité et de diverses peines, l'accusé risque vraisemblablement de craindre que le juge qui préside son procès soit déjà arrivé à certaines conclusions concernant l'affaire[274]». Soulignant qu'[TRADUCTION] «[i]l n'est pas mauvais de répéter une fois de plus que la justice doit donner le sentiment d'être impartiale[275]», la Cour a conclu : [TRADUCTION] «[c]ela ne se limite pas uniquement à l'opinion des personnes présentes à l'audience ou du public[276] [...]il est aussi vital que l'accusé, en particulier, croie à l'impartialité de la justice[277]».

Les commissaires minoritaires ne sont pas en désaccord avec les principes fondamentaux qui ont motivé (devant le silence de la loi à cet égard) la décision rendue dans l'affaire *Roy*; ce qu'ils remettent en question, c'est le point de vue de la majorité sur la formulation de ces principes. Le paragraphe (4) repose sur la conviction de la minorité que l'encouragement, de la part du tribunal, aux discussions sur le plaidoyer ne revient pas nécessairement à exercer des pressions sur l'accusé, et n'a pas forcément pour effet de miner le caractère équitable des procédures, que ce soit en fait ou en apparence. La minorité estime en effet que la façon dont l'encouragement à la discussion est présenté peut faire toute la différence. Le fait d'informer les parties en termes très généraux des avantages éventuels de la discussion sur le plaidoyer, et de leur fournir l'occasion d'engager de telles discussions, n'a en soi rien de coercitif ni d'attentatoire à la présomption d'innocence.

Le paragraphe (4) consacre le caractère bilatéral que doivent avoir les ententes sur le plaidoyer (au sens que nous prêtons à cette expression). Puisque les discussions sur le plaidoyer peuvent se traduire par la réduction, voire le retrait des inculpations qui pèsent sur l'accusé, les commissaires minoritaires tenaient à préciser que le fait d'encourager le poursuivant à discuter du plaidoyer pouvait s'avérer bénéfique pour l'accusé dans le cas où sa volonté de plaider coupable à l'égard de certaines accusations a toujours été claire[278].

---

272. *Id.*, le juge d'appel Brooke, pp. 97-98.

273. *Id.*, p. 99.

274. *Ibid.*

275. *Ibid.*

276. *Ibid.*

277. *Ibid.*

278. L'affaire britannique *R.* c. *Winterflood*, précitée, note 31, offre une illustration éloquente. L'accusé, qui avait été inculpé notamment de vol qualifié, [TRADUCTION] «s'est montré disposé, dès le départ, à admettre qu'il s'était livré à des opérations frauduleuses concernant une certaine partie des bijoux

RECOMMANDATION

5. Nul poursuivant, agent de police ou avocat de la défense ne devrait se livrer à une incitation condamnable à l'endroit de l'accusé[279].

Commentaire

Cette recommandation se passe d'explications. Son but (il faut la rapprocher des recommandations 3, 19a) et 20a)) consiste à favoriser l'authenticité du plaidoyer de culpabilité et sa conformité avec les faits — en particulier lorsqu'il découle de discussions.

RECOMMANDATION

6. Nul juge ou juge de paix qui est ou sera saisi des poursuites intentées contre l'accusé ne devrait se livrer à une quelconque incitation dans le but d'encourager l'accusé à plaider coupable relativement à quelque infraction[280].

Commentaire

Comme la recommandation 5, celle-ci vise à favoriser l'authenticité du plaidoyer de culpabilité et sa conformité avec les faits. Ici, nous ne parlons pas d'incitation «condamnable» puisque, à notre sens, toute incitation de la part du tribunal (sont encore visés ici les juges, les juges de la cour provinciale et les juges de paix) visant à encourager l'accusé à plaider coupable serait en soi condamnable. Cela ne signifie pas toutefois que les circonstances envisagées au paragraphe (4) de la recommandation 4 constitueraient «une incitation dans le but d'encourager l'accusé à plaider coupable».

---

obtenus par la perpétration du vol qualifié [...]» (le lord juge Roskill, p. 292). Au procès, le juge de première instance a demandé à l'accusé, par l'intermédiaire de l'avocat de celui-ci, s'il accepterait de plaider coupable à l'accusation d'«opération frauduleuse». (Le lord juge Roskill a expliqué au nom de la Cour, à la p. 292 : [TRADUCTION] «Environ quatre jours après le début du procès, le juge de première instance aurait convoqué les avocats des parties dans son cabinet pour leur demander si l'appelant plaiderait coupable dans l'hypothèse où un nouveau chef d'accusation, concernant les opérations frauduleuses, serait ajouté à l'acte d'accusation. Après avoir communiqué avec son client, l'avocat de l'appelant a répondu par l'affirmative.) Le juge a alors demandé au procureur de la Couronne s'il entendait demander l'adjonction du nouveau chef à l'acte d'accusation. Devant la réponse affirmative du poursuivant, [TRADUCTION] «[l]e juge a autorisé l'adjonction du nouveau chef d'accusation, à l'égard duquel l'appelant a plaidé coupable, les procédures étant abandonnées quant à l'accusation de vol qualifié et aux autres chefs d'accusation» (p. 292). Bien que la Cour d'appel (par la voix du lord juge Roskill, p. 293) se soit par la suite dite d'avis que [TRADUCTION] «rien n'empêchait que cela soit fait en audience publique [...]» (quoique en l'absence du jury), elle l'a fait [TRADUCTION] «sans vouloir d'aucune façon critiquer la manière dont les choses se sont déroulées [...]», et n'a formulé aucun autre commentaire au sujet de la façon d'agir du juge de première instance.

279. Cette partie de la recommandation ayant trait aux incitations condamnables de la part du poursuivant tire son origine du paragraphe 350.3(3) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, p. 244.

280. *Cf.* la règle 14-3.3f) des *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7.

B. Lignes directrices

Les recommandations suivantes devraient prendre la forme de lignes directrices.

RECOMMANDATION

7. (1) Toute discussion sur le plaidoyer entre le poursuivant et l'accusé devrait être interdite en l'absence de l'avocat dont celui-ci a retenu les services[281].

(2) Lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat et souhaite engager avec le poursuivant des discussions sur le plaidoyer, le poursuivant devrait l'informer de ce qui suit :

a) il pourrait être avantageux pour l'accusé d'être représenté par avocat;

b) si l'accusé n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, il devrait vérifier s'il remplit les conditions pour pouvoir bénéficier des services provinciaux d'aide juridique.

Par la suite, aucune discussion ne devrait avoir lieu directement entre le poursuivant et l'accusé, à moins que celui-ci ait informé sans équivoque le poursuivant qu'il n'a pas l'intention de retenir les services d'un avocat.

Commentaire

On reconnaît dans cette recommandation l'importance d'une représentation adéquate dans le cadre des discussions sur le plaidoyer, et la vulnérabilité certaine des accusés qui tentent de négocier eux-mêmes avec le poursuivant[282]. L'avocat, mieux en mesure d'apprécier la valeur de la preuve, la justesse des accusations, les peines pouvant résulter d'une déclaration de culpabilité, etc.[283], peut offrir une excellente protection à l'accusé et contribuer au sérieux des discussions.

---

281. Cette recommandation s'inspire dans une certaine mesure de l'article 14-3.1*a*) des *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7, suivant lequel les discussions sur le plaidoyer doivent se dérouler entre avocats, à moins que l'accusé n'ait renoncé aux services d'un avocat. Voir également la règle 11(e)(1) des *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7. Voir le paragraphe 350.3(1) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, p. 244, où il n'est pas question de renonciation.

282. Voir GROSMAN, *op. cit.*, note 68, p. 43.

283. Pour des commentaires sur le rôle de l'avocat de la défense dans les discussions sur le plaidoyer et l'intérêt de sa participation, voir les commentaires touchant le paragraphe 350.3 du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, pp. 612-613. Voir toutefois A.W. ALSCHULER, «The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining« (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1179.

RECOMMANDATION

8. (1) Les poursuivants devraient offrir aux personnes accusées dans des circonstances semblables les mêmes possibilités en ce qui a trait à l'engagement de discussions sur le plaidoyer[284].

(2) Les poursuivants devraient veiller, pendant les discussions sur le plaidoyer, à ce que les personnes accusées dans des circonstances semblables soient traitées de la même façon[285].

Commentaire

Cette recommandation est fondée sur le principe le plus fondamental de tous : le principe de l'équité[286]. Il s'agit de donner un plus grand caractère d'équité aux discussions sur le plaidoyer. Nous sommes bien conscients des difficultés pratiques qui se posent inévitablement au regard de l'établissement et de la mise en application de cette règle; aussi estimons-nous qu'elle a davantage sa place dans des lignes directrices que dans une disposition législative.

Cette recommandation obligerait les poursuivants, non seulement à s'efforcer de traiter les personnes accusées dont le dossier leur est confié d'une manière conforme à celle dont ils ont traité d'autres accusés dans des circonstances semblables, mais également à rechercher une certaine uniformité à cet égard parmi les procureurs de la Couronne. Bien sûr, les poursuivants qui, actuellement, préfèrent s'abstenir de discuter du plaidoyer pourraient s'opposer à l'établissement de lignes directrices qui les obligeraient à le faire lorsque cela est opportun; mais nous ne voyons pas comment il serait possible de réaliser l'égalité de traitement, dans ce domaine du droit comme dans les autres, si l'on devrait faire primer d'une manière absolue les préférences personnelles et les lignes de conduite individuelles.

Bien que cette recommandation vise seulement à régir la conduite des poursuivants, nous sommes conscients que sa portée pourrait être en réalité beaucoup plus vaste. Ainsi, se réclamant du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et*

---

284. Normalement, comme l'indique la recommandation 7, l'accusé prendrait part aux discussions sur le plaidoyer par l'entremise de son avocat.

285. Cette recommandation s'inspire du paragraphe 350.3(2) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, p. 244 et de l'article 14-3.1*c*) des *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7.

286. On trouvera des observations sur ce principe dans BAYLES, *loc. cit.*, note 38, pp. 54-55; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 35, pp. 25-26.

libertés[287], un accusé pourrait soutenir que les recommandations 4(3) et 8(1), prises conjointement, lui permettent de revendiquer l'égalité de traitement quant à la possibilité de bénéficier de discussions *conduites par le tribunal*. Quoi qu'il en soit, et même si nous ne considérons pas (comme l'indique la formulation souple de la recommandation 4(3)) la conduite des négociations par le tribunal comme une protection essentielle à donner à l'accusé, nous nous en remettons aux tribunaux pour trancher les questions relatives à l'égalité (comme toutes celles qui sont liées à la portée des droits garantis par la Charte).

RECOMMANDATION

9. L'avocat d'un accusé ne devrait conclure au nom de celui-ci aucune entente sur le plaidoyer qui obligerait l'accusé à plaider coupable à l'égard d'une infraction dont il s'affirme innocent[288].

Commentaire

La négociation du plaidoyer pourrait dans certains cas empêcher les avocats de s'acquitter pleinement de leurs devoirs envers leurs clients. Cette recommandation, complément de la recommandation 3(1)g), vise à réduire ce risque et d'autre part à favoriser la conformité avec les faits des plaidoyers de culpabilité négociés. Même lorsqu'il estime que le plaidoyer de culpabilité présente des avantages dans une situation donnée, l'avocat devrait [TRADUCTION] «insister sur le fait que l'accusé ne doit pas plaider coupable à moins d'avoir eu la conduite incriminée par la définition de l'infraction reprochée[289]», et doit expliquer clairement à l'accusé les exigences de la loi au sujet de l'élément moral de l'infraction[290]. Il peut arriver que des accusés consentent à plaider coupable tout en persistant à se déclarer innocents (tout comme des accusés peuvent accepter de faire une déposition contraire à la version des faits qu'ils ont donnée à leur avocat), mais nous ne croyons pas que, de par ses fonctions, l'avocat doive aider ces personnes à conclure une entente sur le plaidoyer, ni que cela contribuerait de quelque façon à la réalisation des objectifs du processus judiciaire.

---

287. Précitée, note 11; voici le libellé du paragraphe 15(1) :

> La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

288. Cette recommandation tire son origine d'une disposition similaire se trouvant dans le *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien, Ottawa, l'Association, 1988, ch. IX, commentaire 12, p. 43.

289. *R.* c. *Turner*, précité, note 31, le lord juge en chef Parker, p. 285.

290. Voir MARTIN, *loc. cit.*, note 123, p. 387, n. 16, où l'arrêt *Turner* est cité et commenté.

RECOMMANDATION

10. Le poursuivant ne doit suggérer ni conclure aucune entente sur le plaidoyer, ni participer à la conclusion d'aucune entente sur le plaidoyer qui présente l'une ou l'autre des caractéristiques suivantes :

a) elle oblige l'accusé à plaider coupable à l'égard d'une infraction dont la perpétration n'est pas démontrée par la preuve[291];

b) elle oblige l'accusé à plaider coupable à l'égard d'accusations qui ne traduisent pas correctement la gravité de la conduite de l'accusé susceptible d'être prouvée[292], à moins que, dans des circonstances exceptionnelles, elles ne soient justifiables au regard des avantages qu'elles présentent pour l'administration de la justice, la protection de la société ou la protection de l'accusé[293];

c) elle oblige le poursuivant à dénaturer des éléments de preuve ou à s'abstenir de les produire[294];

d) on y envisage un dispositif qui s'écarte sensiblement de celui qui, en l'absence d'une entente sur le plaidoyer, aurait été pris si l'accusé avait plaidé coupable à l'égard de la même infraction[295], à moins que, dans des

---

291. Cette partie de la recommandation découle des lignes directrices en matière de poursuite communiquées aux procureurs de la Couronne de l'Ontario (voir la directive de l'ex-procureur général de l'Ontario, Dalton Bales, citée dans VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 239-240), et de la recommandation (20*d*) figurant dans COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Administration of Ontario Courts*, Partie II, Toronto, Ministère du Procureur général, 1973, p. 127.

292. Cette partie de la recommandation est fondée sur une exigence de même nature régissant l'acceptation des ententes sur le plaidoyer par le juge (plutôt que par le poursuivant), qui figure dans les lignes directrices en matière de détermination de la peine récemment présentées au Congrès américain par la Commission américaine sur la détermination de la peine : voir UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Sentencing Guidelines and Policy Statements*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1987, article 6B1.2.(a). *Cf.* le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, article 350.5(2)c).

293. *Cf.* la directive de l'ex-procureur général de l'Ontario, Dalton Bales, citée dans VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 239-240.

294. Cette partie de la recommandation s'inspire dans une certaine mesure des lignes directrices en matière de négociation du plaidoyer (recommandation 20*h*), contenues dans COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Administration of Ontario Courts*, *op. cit.*, note 291, Partie II, p. 128, et d'une exigence similaire figurant dans les récentes lignes directrices en matière de détermination de la peine établies par la UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *op. cit.*, note 292, article 6B1.4.(a)(2).

295. Voir les lignes directrices de la UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *op. cit.*, note 292, articles 6B1.2.(b) et (c) et 18 U.S.C.S. § 3553(b) (Law. Co-op. Supp. 1989). Au sujet des circonstances dans lesquelles on peut donner suite à des ententes sur le plaidoyer qui permettent des dérogations aux lignes directrices habituelles en matière de détermination de la peine, voir A.W. ALSCHULER, *Background Note on Plea Bargaining for Seminar on Reform of the Law of Sentencing*, document présenté à la Conférence internationale sur la réforme du droit pénal, Londres, le 28 juillet 1987, inédit, pp. 5-6; *Dissenting View of Commissioner Paul H. Robinson on the Promulgation of Sentencing Guidelines by the United States Sentencing Commission*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1987, p. 20.

circonstances exceptionnelles, ce dispositif ne soit justifiable au regard des avantages qu'il présente pour l'administration de la justice, la protection de la société ou la protection de l'accusé[296].

Commentaire

Cette recommandation répond notamment à la nécessité de veiller à ce que, d'une manière générale, les plaidoyers de culpabilité négociés soient raisonnablement conformes aux faits; elle vise en particulier à décourager la pratique[297] consistant à réduire la gravité des accusations d'une manière illogique ou inadmissible.

L'alinéa a) a pour objet de dissuader la conclusion d'ententes revêtant un caractère artificiel, dans lesquelles l'accusé s'engage à plaider coupable à l'égard d'une infraction de moindre gravité que, le poursuivant le sait, il n'a pas véritablement commise. L'alinéa b), où l'on reconnaît que l'atténuation de la gravité des accusations peut être fondée sur un certain nombre de motifs légitimes (par exemple, volonté d'épargner à une victime l'obligation pénible du témoignage; d'alléger une épreuve qui menace de porter atteinte à la réinsertion sociale de l'accusé; de réduire les risques que l'emprisonnement peut comporter pour certains délinquants[298]), est cependant destiné à freiner les atténuations qui témoigneraient *d'une clémence exagérée*. Le critère proposé ici n'est pas d'une précision absolue[299], parce que nous croyons qu'une certaine souplesse s'impose; la procédure pénale, après tout, n'est pas une science exacte (comme le confirme l'existence des discussions sur le plaidoyer). En revanche, et au risque de nous répéter, nous estimons que les poursuivants doivent rendre compte de leurs actes. C'est pour cette raison que l'alinéa c) interdit au poursuivant d'«adapter» des éléments de preuve ou de s'abstenir de les produire pour justifier la présentation d'accusations de moindre gravité (tout en neutralisant les risques d'un contrôle ultérieur).

L'alinéa d) repose quant à lui sur les principes de l'équité et de l'efficacité. Il s'agit, dans les discussions sur le plaidoyer, d'empêcher les écarts importants par rapport aux règles générales en matière de détermination de la peine, et partant de promouvoir l'équité en favorisant l'égalité. Nous voulons du même coup affirmer le principe de l'efficacité, en limitant l'effet négatif que pourraient avoir les ententes sur le plan de la suffisance de la peine. Dans la rédaction de cette recommandation, nous avons néanmoins, encore une fois, tenu compte du fait que le processus de détermination de la peine n'est pas, par sa nature même, revêtu d'une précision

---

296. *Cf.* la directive de l'ancien procureur général de l'Ontario, Dalton Bales, citée dans VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 239-240.

297. Voir NEWMAN, *op. cit.*, note 127, pp. 100-102.

298. Nombreux sont ceux pour qui la «protection de l'accusé» est nécessairement incluse dans la «protection de la société», mais par souci de clarté, nous en avons fait deux justifications distinctes.

299. Voir ALSCHULER, *op. cit.*, note 295, pp. 6-7.

mécanique absolue, et que les ententes prévoyant des écarts — fussent-ils importants — par rapport aux règles habituelles en matière de détermination de la peine, peuvent être justifiables dans des circonstances exceptionnelles (voir le commentaire au sujet de l'alinéa b) ci-dessus). En interdisant, d'une manière générale, les ententes qui supposent des écarts importants par rapport à la peine normalement prononcée à la suite d'un *plaidoyer de culpabilité*, on prend en outre en considération l'effet que ce plaidoyer peut ordinairement avoir sur le plan de la peine, lorsqu'il permet de conclure au repentir de l'accusé, d'économiser les fonds publics ou d'épargner aux victimes l'épreuve de la déposition[300].

RECOMMANDATION

11. (1) Sauf impossibilité matérielle dans les circonstances, le poursuivant devrait, avant de conclure une entente sur le plaidoyer, demander aux témoins leur point de vue et en apprécier soigneusement la portée.

(2) Le poursuivant qui conclut une entente sur le plaidoyer devrait chercher à faire en sorte que les victimes soient informées de la nature et des motifs de l'entente, à moins que cela soit inopportun pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que l'accusé ou une autre personne subisse un préjudice grave.

Commentaire

Le paragraphe (1) de cette recommandation, qui énonce une règle générale[301], indique notre adhésion aux principes fondamentaux à la base de propositions semblables (mais non identiques) faites par la Commission canadienne sur la détermination de la peine[302]. Bien que, dans le présent document, nous n'ayons pas tenté de déterminer les critères précis suivant lesquels devraient être prises les décisions du poursuivant en matière de discussions sur le plaidoyer, le point de vue de la victime constitue selon nous un élément important devant être pris en compte; il devrait en être fait mention dans toutes lignes directrices visant à régir de telles décisions. À notre avis, il est important d'obtenir l'avis des victimes, non pas simplement pour veiller à la protection

300. Voir *supra*, notes 148-150 et le texte qui les accompagne.

301. Le poursuivant ne serait pas tenu de se conformer à l'obligation énoncée dans cette recommandation en cas d'«impossibilité matérielle dans les circonstances». Cela serait le cas, par exemple, lorsque l'on ne peut trouver la victime ou qu'elle est morte.

302. Voir *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, recommandations 13.1 et 13.2, p. 460. Voir également p. 460, où l'on fait observer que dans plusieurs États américains, la loi prévoit l'obtention du point de vue des victimes pendant les discussions sur le plaidoyer.

de leurs intérêts personnels[303], mais aussi pour maintenir la confiance du grand public dans notre système de justice pénale. Comme l'a souligné la Commission canadienne sur la détermination de la peine, il est permis de croire que les victimes se sentent mises à l'écart de ce système. Suivant des recherches récentes dont nous avons entendu parler, il semblerait en outre que cette question suscite un intérêt tout particulier dans le domaine des discussions sur le plaidoyer[304]. Afin, par conséquent, de promouvoir un principe que nous jugeons fondamental — celui d'une participation concrète[305] au processus pénal — nous présentons la recommandation (à portée du reste relativement limitée) contenue au paragraphe (1).

Le paragraphe (2) traduit quant à lui notre adhésion aux idées qui sont à l'origine des recommandations similaires (mais, ici encore, non identiques) présentées par le Groupe d'étude fédéral-provincial canadien sur la justice pour les victimes d'actes criminels[306] et la Commission canadienne sur la détermination de la peine[307]. L'intention sous-jacente, encore une fois (outre la volonté d'accorder une certaine considération aux victimes d'actes criminels), est de préserver la confiance du public dans le système judiciaire. Mais tout comme dans le cas du paragraphe (1), la règle énoncée au paragraphe (2) n'est pas absolue. Comme le fait de rendre publics la nature ou le fondement d'une entente (voire sa simple existence) peut dans des circonstances particulières aller à l'encontre de certains intérêts supérieurs[308], nous avons en effet établi une exception limitée, semblable à la recommandation du Groupe d'étude fédéral-provincial canadien sur la justice pour les victimes d'actes criminels[309].

---

303. Voir NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 12, pp. 489-490 et les références qui s'y trouvent. Cet objectif peut être considéré comme particulièrement important à la lumière des nouvelles dispositions du *Code criminel* au sujet des ordonnances de dédommagement (les nouveaux articles 725 à 727.8 (proposés)). Voir K.W. MACKAY, «Plea Bargaining and New "Victim's Legislation" in Canada», texte non publié présenté à la conférence «Reform of Sentencing, Parole and Early Release» organisée par la Société pour la réforme du droit pénal, Ottawa, 1er-4 août 1988.

304. Voir l'étude de BARIL, COUSINEAU, GRAVEL et PRIMEAU, *op. cit.*, note 26, pp. 159, 193.

305. On trouvera un exposé et une brève analyse de ce principe dans BAYLES, *loc. cit.*, note 38, p. 54. Voir également COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 35, p. 29.

306. GROUPE D'ÉTUDE FÉDÉRAL-PROVINCIAL CANADIEN SUR LA JUSTICE POUR LES VICTIMES D'ACTES CRIMINELS, *Rapport*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1983, p. 119, cité dans *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, p. 460.

307. *Op. cit.*, note 29, recommandation 13.1, p. 460. La Commission fait également observer que dans plusieurs États américains, il est obligatoire d'informer les victimes des ententes sur le plaidoyer. Voir aussi NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 12, pp. 490, 495.

308. Voir les notes 63 à 67 et le texte qui les accompagne.

309. *Op. cit.*, note 306, p. 119, cité dans *Réformer la sentence*, *op. cit.*, note 29, p. 460.

III. Le contrôle judiciaire

Les recommandations suivantes devraient prendre la forme de dispositions législatives.

RECOMMANDATION

12. (1) Le poursuivant et l'accusé qui ont conclu une entente sur le plaidoyer devraient, avant que l'accusé plaide coupable, faire connaître au tribunal :

a) la nature et les motifs de l'entente;

b) le cas échéant, le fait qu'un autre juge a déjà été mis au fait d'une entente antérieure conclue dans la même affaire, et la nature de cette entente.

(2) La communication et la justification prévues au paragraphe (1) devraient avoir lieu en audience publique, à moins que cela soit inopportun pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que l'accusé ou une autre personne subisse un préjudice grave[310].

Commentaire

Il s'agit ici, notamment, de donner au juge les renseignements qui lui permettront de décider si le dispositif envisagé dans l'entente est approprié, et de favoriser la transparence des discussions sur le plaidoyer. La transparence, nous l'avons déjà dit au premier chapitre, est de rigueur si nous voulons préserver la confiance du public dans le système de justice pénale et faire en sorte que les poursuivants aient à rendre compte de leurs décisions. L'obligation de dévoiler et de justifier, en audience publique, les ententes sur le plaidoyer, devrait inciter les poursuivants à traiter tous les accusés de la même manière et les dissuader de recourir à des procédés de négociation inéquitables, de faire preuve d'un peu trop d'empressement dans l'atténuation des accusations, etc. En revanche, nous reconnaissons que des circonstances spéciales, comme la nécessité

---

310. Cette recommandation, à l'exception de l'alinéa (1)b), est fondée à la fois sur la disposition relative à la communication générale de la preuve figurant dans le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, paragraphe 350.5(1), les *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association *op. cit.*, note 7, article 14-3.3(a), les *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7, règle 11(e)(2), l'ancien *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien, Ottawa, l'Association, 1974, ch. VIII, commentaire 10, pp. 30-31, et une recommandation relative à la justification, faite par la Commission canadienne sur la détermination de la peine dans son rapport de 1987, *op. cit.*, note 29, recommandation 13.9, p. 467. La partie de la recommandation qui permet la divulgation de certains renseignements, dans des circonstances exceptionnelles, hors de la présence du public (ou en l'absence de l'accusé et du public) tire son origine de la règle 11(e)(2) des *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, et de la recommandation 13.9 du rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine; voir également la directive de l'ancien procureur général de l'Ontario, Dalton Bales, citée dans VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 239-240.

de protéger l'accusé ou une autre personne contre un préjudice grave, peuvent à l'occasion l'emporter sur la règle générale de publicité. Malgré cette exception, la communication et la justification devraient selon nous être consignées au dossier[311] (l'apposition de scellés sur celui-ci pourrait cependant s'avérer opportune dans certains cas).

L'alinéa (1)b) répond aussi à un objectif particulier, outre la volonté d'accroître la transparence du processus et de donner au juge les renseignements lui permettant de rendre une décision éclairée. En effet, il vise à contrecarrer ce que l'on appelle communément en anglais le «judge shopping» (recherche d'un juge accommodant)[312]. La plupart des juges estiment (l'idée a été exprimée récemment dans l'affaire *R.* c. *Commisso*[313]) qu'[TRADUCTION] «il devrait être interdit aux parties de présenter devant un autre juge la même entente sur le plaidoyer[314]». Il nous semble donc raisonnable de penser que les juges n'accepteront une entente semblable à celle qui a déjà été rejetée que s'il existe des raisons impérieuses pour ce faire (voir la recommandation 15).

RECOMMANDATION

13. Lorsqu'il est mis au courant de la conclusion entre le poursuivant et l'accusé d'une entente sur le plaidoyer, le juge devrait avoir la possibilité, lorsqu'il l'estime nécessaire, d'interroger l'accusé pour s'assurer qu'il en comprend bien la nature et les conséquences.

Commentaire

Cette recommandation est semblable (mais non identique) à la recommandation 13.3 du rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine[315]. Il s'agit de veiller à ce que lorsqu'un accusé plaide coupable selon les termes d'une

---

311. Voir la directive de l'ancien procureur général de l'Ontario, Dalton Bales, citée dans VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, pp. 239-240.

312. L'expression «judge shopping» a récemment été employée dans l'affaire *R.* c. ***Rubenstein***, précitée, note 70, p. 94 (le juge d'appel Zuber citant le juge Draper de la Cour provinciale de l'Ontario.

313. Précitée, note 16.

314. *Id.*, p. 20 de l'original du jugement. Dans cette affaire, l'accusé avait tenté d'obtenir l'autorisation de retirer des plaidoyers de culpabilité faits parce qu'il croyait à tort (tout comme le poursuivant) qu'ils pouvaient automatiquement être retirés, dans la pratique, si la cour n'était pas disposée à accepter les recommandations sur lesquelles s'étaient entendues la poursuite et la défense. En donnant à l'accusé la permission de retirer ses plaidoyers de culpabilité et en ordonnant la substitution à ceux-ci de plaidoyers de non-culpabilité, le juge a déclaré (p. 20 de l'original) : [TRADUCTION] «Bien que j'aie ordonné la substitution de plaidoyers de non-culpabilité, rien n'empêche l'accusé de plaider ultérieurement coupable si on le lui conseille. Dans ce cas, les parties ne devraient pas être autorisées à soumettre la même entente sur le plaidoyer à un autre juge de première instance, puisque cela serait contraire au principe établi dans l'affaire *R.* c. ***Rubenstein***».

315. *Op. cit.*, note 29, p. 461.

entente, il le fasse en toute connaissance de cause. (Le fait de comprendre «la nature et les conséquences» de l'entente suppose simplement que l'accusé comprend les modalités de l'entente.) Contrairement à la recommandation de la Commission sur la détermination de la peine, suivant laquelle le juge qui prononce la sentence aurait d'une part l'obligation de vérifier si l'accusé comprend la nature de l'entente et ses conséquences, et d'autre part le pouvoir de rejeter la peine convenue et le plaidoyer de culpabilité si tel n'est pas le cas, la nôtre encourage le juge à effectuer cette enquête avant d'accepter le plaidoyer ou même avant que l'accusé ait effectivement plaidé coupable (soit au moment où il est mis au courant de l'entente). On limite ainsi le risque (évoqué par la Commission sur la détermination de la peine[316]) qu'un accusé mécontent de la peine infligée à la suite d'un plaidoyer de culpabilité prétende faussement ne pas avoir compris la portée de l'entente l'ayant amené à plaider coupable.

RECOMMANDATION

14. Le juge ne devrait en aucun cas être lié par une entente ou un projet d'entente sur le plaidoyer[317].

Commentaire

Cette recommandation se passe d'explications. Nous nous sommes abstenus, jusqu'à nouvel ordre, de faire au juge du fond l'obligation d'informer de cette règle l'accusé qui n'est pas représenté par avocat. Nous reviendrons sur la situation de l'inculpé qui a renoncé aux services d'un avocat dans notre document de travail à venir sur le juge et la conduite du procès.

RECOMMANDATION

15. Si, une fois informé de l'existence, de la nature et des motifs d'une entente, le juge conclut que le dispositif envisagé n'est pas opportun, il devrait en informer l'accusé[318].

---

316. *Ibid.*

317. Selon la recommandation 13.11 du rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *op. cit.*, note 29, p. 470, une disposition semblable devrait être explicitement incluse dans le *Code criminel*.

318. Cette recommandation s'inspire dans une certaine mesure de la règle 11(e)(4) des *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7 et de l'article 14-3.3(g) des *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, *op. cit.*, note 7. Voir la jurisprudence citée à la note 31, *supra*.

Commentaire

Cette recommandation découle du principe (énoncé explicitement dans la recommandation 14) voulant que le juge ne puisse être lié par une entente sur le plaidoyer, et de l'idée (découlant implicitement de la recommandation 10d)) suivant laquelle devrait être tenue pour nulle toute entente dans laquelle on «envisage un dispositif qui s'écarte sensiblement de celui qui, en l'absence d'une entente sur le plaidoyer, aurait été pris si l'accusé avait plaidé coupable à l'égard de la même infraction, à moins que, dans des circonstances exceptionnelles, ce dispositif ne soit justifiable au regard des avantages qu'il présente pour l'administration de la justice, la protection de la société ou la protection de l'accusé». L'objet de cette recommandation (comme pour la recommandation 13) par conséquent, est de faire en sorte que lorsque l'accusé plaide coupable conformément à une entente à cet effet, il le fasse en connaissance de cause[319].

Au moment de rédiger cette recommandation, nous avons rejeté une autre solution (retenue au paragraphe 350.5(4) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI), selon laquelle le tribunal aurait l'obligation d'expliquer pourquoi il a rejeté l'entente et de donner à l'accusation et à la défense l'occasion de lui présenter une entente modifiée. L'adoption de cette solution aurait selon nous pour effet de faire participer directement le juge aux négociations[320]. Or, en raison de la recommandation 15, le rejet de l'entente par le juge serait définitif et, partant, les parties n'auraient pas la possibilité de lui soumettre une entente modifiée; ainsi, le juge qui a informé les parties de sa décision conformément à cette recommandation ne se trouverait pas à participer aux discussions sur le plaidoyer, chose interdite par la recommandation 4(2). Autrement dit, comme l'entente aurait déjà été conclue et ne pourrait faire l'objet de modifications, le fait d'informer l'accusé de son rejet ne constituerait pas «une

---

319. *Cf. R.* c. *Rubenstein*, précité, note 70. Dans cette affaire, un juge de la Cour provinciale de l'Ontario avait refusé de permettre à l'accusé de retirer des plaidoyers de culpabilité relatifs à plusieurs accusations, parce qu'il était devenu manifeste que le juge allait rejeter les recommandations conjointes des parties sur la peine. L'accusé ayant interjeté appel de sa condamnation, faisant valoir que le retrait aurait dû être autorisé [TRADUCTION] «puisqu'un accusé dans la situation d'un appelant offre le plaidoyer en s'attendant à ce qu'il soit donné suite aux recommandations conjointes» et parce que «celles-ci étaient la contrepartie des plaidoyers de culpabilité [...]» (le juge d'appel Zuber, p. 94). L'une des raisons pour lesquelles le tribunal a rejeté cet argument, semble-t-il, avait trait à la crainte d'encourager ce que le juge de première instance (le juge Zuber, citant le juge Draper de la Cour provinciale, p. 94) avait appelé la [TRADUCTION] «recherche d'un juge favorable («judge shopping»)». Selon la Cour d'appel (p. 94), [TRADUCTION] «[c]omme l'a fait remarquer le juge Draper, l'accusé qui pourrait ainsi retirer son plaidoyer n'aurait qu'à répéter cette démarche jusqu'à ce qu'il trouve un juge de première instance qui accepte la proposition conjointe». Voir la recommandation 12(1)b).

320. Voir *Rubenstein*, précité, note 70 (et commenté à la note précédente). Dans cette affaire, l'un des motifs invoqués par la cour pour rejeter l'argument de l'accusé, qui disait qu'il aurait dû être autorisé à retirer ses plaidoyers de culpabilité une fois devenue apparente l'intention du juge de rejeter une proposition commune sur la peine, semble relié à la crainte de permettre une atteinte à la fonction judiciaire. [TRADUCTION] «Permettre à l'accusé de retirer son plaidoyer lorsque la peine prononcée ne lui convient pas», a fait valoir la Cour (le juge d'appel Zuber, pp. 94-95), «placerait la cour dans la situation inconvenante où elle négocierait avec l'accusé».

discussion *ayant pour objet la conclusion d'une entente sur le plaidoyer*[321]». Il ne s'agirait pas non plus d'une «incitation dans le but d'encourager l'accusé à plaider coupable relativement à quelque infraction» (voir la recommandation 6); ce serait même plutôt le contraire.

RECOMMANDATION

16. Avant d'accepter un plaidoyer de culpabilité, le juge devrait avoir la possibilité, lorsqu'il l'estime nécessaire, de vérifier par un interrogatoire si l'accusé a été de quelque manière incité à plaider coupable, exception faite des incitations qui ont été divulguées comme faisant partie d'une entente sur le plaidoyer[322].

Commentaire

Cette recommandation vise à favoriser l'authenticité du plaidoyer de culpabilité et sa conformité avec les faits. Le juge étant autorisé à exiger la divulgation de *toutes* les incitations (et pas uniquement de celles qui ont été faites dans le contexte de l'entente), il lui serait plus facile, si cette recommandation était mise en œuvre, de vérifier l'existence d'incitations condamnables (voir les recommandations 3, 5, 19a)) et de voir si un juge ou un juge de paix a pu inciter l'accusé à plaider coupable (voir les recommandations 6 et 19b)).

RECOMMANDATION

17. Lorsque le poursuivant et l'accusé ont conclu une entente sur le plaidoyer, le juge devrait avoir la possibilité, avant d'accepter un plaidoyer de culpabilité, d'effectuer l'enquête qu'il juge nécessaire pour s'assurer que ce plaidoyer se justifie au regard des faits[323].

Commentaire

L'objet de cette recommandation est de garantir, dans une mesure raisonnable, la conformité avec les faits du plaidoyer de culpabilité fait en vertu d'un entente. Deux types d'enquête sont envisagés dans la recommandation. En premier lieu, le juge devrait avoir la possibilité de vérifier si les faits reconnus par l'accusé constituent

---

321. Définition du terme «discussion sur le plaidoyer» figurant à la recommandation 2; mis en italique par nos soins.

322. Cette recommandation s'inspire dans une certaine mesure du paragraphe 350.4(2) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, p. 248.

323. *Cf.* la règle 11(f) des *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7 et le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, paragraphe 350.4(3), pp. 248-249.

effectivement l'infraction à l'égard de laquelle il plaide coupable[324]. Comme le déclarait le juge Stevenson, qui a rendu le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R.* c. *Corkum*[325] : [TRADUCTION] «Il faut, à tout le moins, que les faits justifient le plaidoyer[326]». Deuxièmement, le juge devrait avoir la possibilité de s'assurer que les faits reconnus par l'accusé sont à tout le moins plausibles[327]. Il ne s'agit pas ici de demander au juge de déterminer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable[328], puisque dans ce cas (comme l'a fait observer la Cour dans l'affaire *R.* c. *Milina*[329]), il ne servirait plus à rien de plaider coupable. Bien sûr, on pourrait établir un critère plus rigoureux, afin de réduire le risque — si théorique soit-il — que des personnes non coupables dans les faits soient condamnées après avoir plaidé coupable[330]. Mais il existe une limite au-delà de laquelle le fait d'imposer un critère plus rigoureux risque d'enlever tout intérêt au plaidoyer de culpabilité; et il s'agit là d'une mesure selon nous inutile, à la condition que l'on fasse en sorte que les plaidoyers de culpabilité soient authentiques et faits en connaissance de cause[331].

En permettant au juge de faire «l'enquête qu'il estime nécessaire [...]», nous reconnaissons que la nécessité d'une enquête sur la conformité du plaidoyer de culpabilité avec les faits peut varier d'une affaire à l'autre. Par exemple, cette mesure s'imposerait davantage lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat. (Les devoirs du juge à l'égard de l'accusé non représenté seront étudiés d'une façon plus complète dans un document de travail à paraître sur le juge et la conduite du procès.) Elle ne serait

---

324. Voir *McCarthy* c. *United States*, 394 U.S. 459 (1969).

325. (1984) 64 A.R. 354 (C.A.).

326. *Id.*, p. 355. Voir aussi : *R.* c. *Forde*, [1923] 2 K.B. 400 (C.C.A.); *R.* c. *Gordon* (1947), 3 C.R. 26 (C.A. C.-B.); *R.* c. *Voorwinde* (1975), 29 C.C.C. (2d) 413 (C.A. C.-B.); *R.* c. *Grainger* (1978), 42 C.C.C. (2d) 119 (C.A. Ont.). Dans l'affaire *Adgey* c. *La Reine*, précitée, note 110, pp. 444-445, le juge Laskin (alors juge puîné), dissident (le juge Spence a souscrit à son opinion), a déclaré ceci :

> Le devoir de la Cour en ce qui concerne une enquête sur la «légalité» (si je puis me permettre d'employer une appellation aussi succincte) de l'aveu de culpabilité, doit, me semble-t-il, s'accompagner d'une obligation du ministère public de fournir des faits qui, présumés vrais, étayent l'accusation et la déclaration de culpabilité sous cet aspect de la question. À mon avis, il n'est pas satisfaisant de laisser à la discrétion du ministère public la question de fournir ou de ne pas fournir des faits qui peuvent étayer l'accusation et la déclaration de culpabilité. Le juge de première instance peut sans doute en demander, mais ce qui est à déterminer à ce stade ne doit l'engager à rien de plus qu'à s'assurer que ce qui est allégué, présumant que c'est vrai, complète les éléments d'une déclaration de culpabilité sur un plaidoyer de culpabilité; et il en est ainsi même si les faits ne peuvent avoir aucune portée sur l'imposition d'une peine pour le motif que, dans tel cas particulier, celle-ci est obligatoire.

327. Voir *R.* c. *Laurie* (1978), 42 C.C.C. (2d) 311 (C.S. N.-B. Div. app.), affaire (ne portant pas sur une négociation du plaidoyer) dans laquelle on a découvert, après que l'accusé eut plaidé coupable à l'égard d'une infraction prévue au par. 4(3) de la *Loi sur le contrôle des stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1 (devenue L.R.C. 1985, ch. N-1), et eut été condamné à ce sujet, que la substance en cause était dans les faits de la saccharine.

328. Voir les notes relatives au paragraphe 350.4(3) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, p. 250.

329. Précitée, note 133, p. 381.

330. Voir MCDONALD, *loc. cit.*, note 248, p. 210, où l'on discute de cette question.

331. Voir à cet égard les mesures proposées dans le document de travail à paraître de la Commission sur le plaidoyer, les moyens de défense spéciaux et le verdict.

pas indispensable, cependant (et serait même superflue), si une enquête préliminaire a eu lieu sous le régime de la Partie XVIII (anciennement, la Partie XV) du *Code criminel* et que l'accusé se soit vu ordonner de subir un procès relativement à l'inculpation en question[332]. Dans un tel cas, il aura en effet déjà été établi que le plaidoyer de culpabilité de l'accusé se justifie au regard des faits.

RECOMMANDATION

18. Pour déterminer s'il y a lieu d'accepter le plaidoyer de culpabilité d'un accusé relativement à une infraction différente de celle dont il est inculpé, le juge devrait tenir compte de la nature et des motifs de toute entente sur le plaidoyer éventuellement conclue entre l'accusé et le poursuivant.

Commentaire

Il s'agit dans cette recommandation de veiller à ce que les juges exercent une surveillance sur les plaidoyers de culpabilité par lesquels l'accusé, «tout en niant sa culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est inculpé, s'avoue coupable d'une autre infraction se rapportant à la même affaire[333]». Cela suppose bien évidemment le maintien en vigueur de l'actuel paragraphe 606(4) du *Code criminel* (anciennement, par. 534(4)). En temps opportun, nous étudierons la question de savoir si une disposition semblable devrait figurer dans notre futur code de procédure. On nous a dit que certains juges préfèrent ne pas recourir au paragraphe 606(4); ils exigent plutôt que le poursuivant suspende les procédures quant à l'inculpation initiale, et dépose une nouvelle inculpation.

La recommandation est fondée sur l'idée suivante. Normalement, le juge ne devrait pas avoir le pouvoir de se mêler du travail du ministère public en rejetant un plaidoyer de culpabilité relatif à des accusations qu'il estime inadéquates; on devrait toutefois établir une exception pour les cas (voir le paragraphe 606(4) du *Code criminel*) où le fait d'accepter un plaidoyer de culpabilité relatif à une infraction autre que celle dont l'accusé est inculpé impose au juge l'obligation éventuellement désagréable de «déclarer l'accusé ou le défendeur non coupable de l'infraction dont il est inculpé [...][334]». Bien que, par conséquent, il ne soit pas nécessaire (ni même

---

332. Voir le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, paragraphe 350.4(3), pp. 248-249. Le paragraphe 548(1) du *Code criminel*, qui porte sur la procédure à l'enquête préliminaire, prévoit notamment :

> **548.** (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :
>
> *a*) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante; [...]

Voir *États-Unis d'Amérique* c. *Sheppard*, [1977] 2 R.C.S. 1067.

333. *Code criminel*, par. 606(4).

334. *Ibid.* Voir *R.* c. *C.H.O.* (1987), 83 A.R. 33, pp. 35-36 (Trib. jeun.), cité *infra*, notes 346-348 et le texte qui les accompagne.

souhaitable) d'obliger le juge à «tenir compte de la nature et des motifs de toute entente sur le plaidoyer éventuellement conclue entre l'accusé et le poursuivant», lorsqu'il décide s'il y a lieu d'accepter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé relatif à l'infraction dont il est inculpé, il est important, croyons-nous, de le faire lorsque le plaidoyer concerne une autre infraction.

Si l'on envisage, dans cette recommandation, la clarification du rôle du juge de première instance suivant le paragraphe 606(4) du *Code criminel* lorsqu'une entente sur le plaidoyer a été conclue, on n'y a pas établi une règle aussi rigoureuse que celle proposée dans la décision anglaise *R.* c. *Soanes*[335]. Dans cette affaire, l'accusée avait été inculpée du meurtre de son enfant nouveau-né et la *Court of Criminal Appeal* a confirmé le bien-fondé de la décision du juge de première instance, qui avait refusé d'accepter un plaidoyer de culpabilité à l'égard de l'infraction d'infanticide, malgré l'acquiescement du poursuivant. En rendant le jugement de la Cour, le lord juge en chef Goddard a dit : [TRADUCTION] «lorsque le contenu des dépositions ne permet aucunement d'atténuer la gravité du crime reproché pour y substituer une infraction moins grave à l'égard de laquelle, en vertu de la loi, un verdict peut être rendu, le procureur de la Couronne aurait l'obligation de présenter l'infraction énoncée dans l'acte d'accusation, laissant au jury le soin de décider s'il estime opportun, dans l'exercice de sa prérogative incontestée, de rendre le verdict relatif à l'infraction la moins grave[336] [...] Dans la présente affaire, a poursuivi le juge, nous estimons que non seulement le juge de première instance a eu raison d'exiger que la requérante subisse un procès pour meurtre, mais qu'il en avait l'obligation. Rien dans les dépositions ne justifiait que l'inculpation soit réduite du meurtre à l'infanticide [...][337]».

On semble avoir rarement invoqué le paragraphe 606(4) et les dispositions qui l'ont précédé, pour contrôler l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire[338]. D'après certains auteurs, le législateur n'a jamais eu l'intention, par cette disposition, de conférer au tribunal des pouvoirs aussi étendus[339], et le pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'acceptation des plaidoyers de culpabilité pour des

---

335. [1948] 1 All E.R. 289 (C.C.A.). *Cf. R.* c. *Bedwellty Justices, ex p. Munday*, [1970] *Crim. L.R.* 601.

336. *R.* c. *Soanes*, précité, note 335, p. 290.

337. *Ibid.* Voir cependant *R.* c. *Coward*, précité, note 31; *R.* c. *Jenkins* (1986), 83 Cr. App. R. 152 (C.A.), p. 154. Voir l'étude de R. PATTENDEN, *The Judge, Discretion and the Criminal Trial*, Oxford, Clarendon, 1982, pp. 58-59 et la jurisprudence citée à la p. 210, n. 128.

338. Voir, au sujet d'une version antérieure de cette disposition, FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 569. Voir également VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, p. 241, n. 64. Il existe peu de décisions publiées dans lesquelles on a eu recours au paragraphe 606(4) (ancienn. par. 534(4)) à cet effet.

339. Voir H. LEONOFF et D. DEUTSCHER, «Le plaidoyer et les problèmes connexes», dans V.M. DEL BUONO (dir.), *Procédure pénale au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur / SOREJ, 1983, 267, p. 278, avec renvoi à une version antérieure de cette disposition (dans laquelle, notamment, les mots «à sa discrétion» figuraient après les mots «la cour peut»). Voir FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 569. Au sujet des origines plausibles de cette disposition, voir *R.* c. *Dietrich*, [1968] 4 C.C.C. 361 (C.A. Ont.); *R.* c. *Hogarth* (1976), 31 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Ont.); R. SALHANY, *Canadian Criminal Procedure*, 2e éd., Toronto, Canada Law Book, 1972, p. 131, n. 12; FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 569, n. 249 (où l'on cite Salhany); LEONOFF et DEUTSCHER, *loc. cit.*, p. 276; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *op. cit.*, note 291, Partie II, p. 122.

infractions autres que celles dont l'accusé est inculpé, doit être situé dans un contexte plus étroit[340]. Par contre, l'opinion voulant que le paragraphe 606(4) permette le type de contrôle judiciaire exercé dans l'affaire *Soanes* (ou quelque chose d'approchant) ne manque pas d'appuis[341]. Dans l'affaire *R.* c. *Gagné*[342], par exemple, où il était question d'une version antérieure du paragraphe 606(4) (dans laquelle, notamment, les mots «à sa discrétion[343]» figuraient après les mots «la cour peut»), la Cour d'appel du Québec a exprimé l'opinion suivante : «[e]n l'absence de critères établis par le Législateur, il y a lieu de suivre la règle qui veut qu'une discrétion accordée à la Cour soit exercée judiciairement, soit en tenant compte de tous les facteurs, dont les faits[344]» et «[c]e ne serait pas pour la Cour d'exercer judiciairement sa discrétion que d'accepter un plaidoyer de culpabilité pour une infraction autre, lorsque tous les éléments essentiels de l'infraction dont le prévenu est accusé ont été prouvés[345]». Et plus récemment, dans l'affaire *R.* c. *C.H.O.*, le juge Fitch de la Cour provinciale de l'Alberta (Division de la jeunesse) a exprimé l'avis que le rôle du tribunal, en vertu du paragraphe 606(4) dans sa rédaction actuelle, consiste à [TRADUCTION] «vérifier non seulement que l'accusation de moindre gravité relativement à laquelle l'accusé a plaidé coupable est justifiée par les faits, mais encore que ceux-ci ne permettent pas de conclure à la culpabilité de l'accusé relativement à l'infraction plus grave qui lui était reprochée [...][346]». Le raisonnement du juge Fitch est le suivant : [TRADUCTION] «[s]i le Parlement avait voulu qu'à la suite d'une demande fondée sur le paragraphe 534(4) [devenu par. 606(4)], le tribunal se contente de s'assurer que les faits permettent de conclure à la justesse de l'accusation moins grave à l'égard de laquelle l'accusé veut plaider coupable, cette disposition aurait pu être rédigée de telle façon que, dans le cas où le tribunal estimerait que les faits justifient l'accusation la moins grave, l'accusé serait réputé ne pas être coupable de l'infraction la plus grave[347]». Il a poursuivi :

> [TRADUCTION]
> Si tel était le cas, le tribunal ne risquerait pas de se retrouver devant la pénible obligation de dire à l'accusé «Je vous déclare non coupable de l'infraction qui vous était initialement reprochée, bien que les faits soumis au tribunal tendent à montrer votre culpabilité»,

---

340. Voir LEONOFF et DEUTSCHER, *loc. cit.*, note 339, pp. 278-279. Voir KLEIN, *loc. cit.*, note 28, pp. 294-297, au sujet du contrôle judiciaire de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de la poursuite.

341. Au sujet d'une version antérieure de cette disposition (dans laquelle, notamment, les mots «à sa discrétion» figuraient après les mots «la cour peut»), voir : VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, p. 241, n. 64; PERRAS, *loc. cit.*, note 17, pp. 151-152; J.G. FAUTEUX, *Le livre du magistrat*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature / Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 93.

342. [1977] C.A. 146, commenté par LEONOFF et DEUTSCHER, *loc. cit.*, note 339, p. 278.

343. Dans l'affaire plus récente *R.* c. *C.H.O.*, précitée, note 334, le tribunal a décrit la suppression de ces mots, dans la disposition actuelle (à la p. 35) comme [TRADUCTION] «la simple correction de la tautologie "peut à sa discrétion"».

344. Précité, note 342, p. 148.

345. *Ibid.*

346. Précitée, note 334, p. 35.

347. *Ibid.*

situation inévitable si le tribunal ne s'interroge que sur l'accusation la moins grave alors que les faits de l'espèce justifient l'accusation la plus grave[348].

Dans son rapport intitulé *Réformer la sentence*, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a considéré sans équivoque le paragraphe 606(4) actuel comme un moyen d'assurer le respect de l'obligation de rendre compte dans le domaine des discussions sur le plaidoyer[349].

RECOMMANDATION

19. Le juge devrait rejeter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé lorsque, notamment, il a des motifs raisonnables de croire :

a) que l'accusé a plaidé coupable par suite d'une incitation condamnable;

b) que l'accusé a plaidé coupable sur l'incitation d'un juge ou d'un juge de paix;

c) que, l'accusé «niant sa culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est inculpé, [mais s'avouant] coupable d'une autre infraction se rapportant à la même affaire [...]» au sens de l'actuel paragraphe 606(4) du *Code criminel*, l'inculpation à l'égard de laquelle il plaide coupable ne correspond pas à la gravité de ses agissements susceptibles d'être prouvés;

d) que le plaidoyer de culpabilité de l'accusé ne peut se justifier au regard des faits[350].

---

348. *Ibid.* Le juge a poursuivi en ces termes (pp. 35-36) :

> [TRADUCTION]
> Par conséquent, je suis convaincu que l'obligation du Tribunal n'est pas la même pour une demande présentée en vertu du par. 534(4) [devenu par. 606(4)] que si le plaidoyer de culpabilité a trait à l'infraction énoncée dans l'acte d'accusation.
>
> En d'autres termes, si dans cette affaire la seule accusation dont avait été saisi le Tribunal était une infraction de voies de fait de deuxième catégorie, et qu'un plaidoyer de culpabilité ait été présenté relativement à cette inculpation, les faits auraient certainement étayé l'accusation; et s'il avait semblé que la poursuite eût présenté des accusations de gravité insuffisante, cela ne serait pas pertinent. Le Tribunal ne peut déclarer quelqu'un coupable d'une infraction plus grave que celle dont il est saisi. Le procureur général, principal représentant de la Couronne en matière juridique, a sur le plan administratif le pouvoir discrétionnaire de décider des inculpations portées par voie de mise en accusation directe, mais lorsque le Tribunal exerce les pouvoirs discrétionnaires conférés par le par. 534(4) [devenu par. 606(4)], son obligation est à mon avis différente que celle qui lui est faite en vertu du par. 19(1) L.J.C..

349. *Op. cit.*, note 29, p. 453. Voir également J.J. ATRENS, «Included Offences and Alternative Verdicts», dans J.J. ATRENS, P.T. BURNS et J.P. TAYLOR (dir.), *Criminal Procedure: Canadian Law and Practice*, Vancouver et Toronto, Butterworths, 1981, vol. 2, ch. XI, pp. 116-120, où l'auteur, mentionnant une version antérieure du par. 606(4) (dans laquelle notamment les mots «à sa discrétion» figuraient après les mots «la cour peut»), avait fait valoir que cette disposition permettait au juge d'exercer une certaine surveillance sur la négociation du plaidoyer. Le supplément de 1985 relatif à ce chapitre, qui donne le texte du par. 606(4) (comme le par. 534(4)) figurant dans le Code actuel, n'a pas modifié l'actualité des commentaires de l'auteur sur le rôle de cette disposition, à cet égard. Dans son rapport intitulé *Administration of Ontario Courts* (*op. cit.*, note 288, Partie II, p. 122), la Commission de réforme du droit de l'Ontario a estimé qu'une version antérieure du paragraphe 606(4) (dans laquelle notamment les mots «à sa discrétion» figuraient après les mots «la cour peut») conférait un pouvoir dont l'exercice devait comporter l'appréciation des arguments présentés par les avocats.

350. Voir la règle 11(f) des *Federal Rules of Criminal Procedure* américaines, précitées, note 7.

Commentaire

Cette recommandation (qui n'énonce pas la totalité des cas où le juge devrait rejeter le plaidoyer de culpabilité) vise en particulier à donner effet aux recommandations 5, 6 et 17. Elle permet également l'application de la recommandation 10a) (par le jeu de l'alinéa d)) et, dans une certaine mesure, de la recommandation 10b). Nous pensons que les parties de la recommandation 10 qu'il serait impossible d'appliquer par l'entremise de celle-ci pourraient être mises à exécution par le moyen de mesures disciplinaires professionnelles ou administratives.

Les alinéas a), b) et d) se passent d'explications. L'alinéa c) marque le rejet de la règle énoncée dans l'affaire *Soanes* (voir ci-dessus). Plutôt que de se demander simplement s'il existe un élément [TRADUCTION] «dont on puisse dire qu'il réduit la gravité du crime et en fait une infraction de moindre gravité [...][351]», on exige de la part du juge qu'il se demande si l'accusation à l'égard de laquelle l'accusé plaide coupable correspond à la gravité des agissements de l'accusé susceptibles d'être prouvés[352]. Pour répondre à cette question, il est clair, selon la recommandation 18, que le juge aurait à tenir compte des motifs pour lesquels le poursuivant a conclu une entente avec l'accusé. Donc, suivant la recommandation 19c), le juge pourrait décider que l'inculpation moins grave à l'égard de laquelle tel ou tel accusé plaide coupable, correspond bien à la gravité des faits susceptibles d'être prouvés, pourvu que le «marché» ne témoigne pas d'une clémence excessive et soit justifié dans les circonstances (par exemple, par la nécessité d'épargner l'épreuve de la déposition à une victime ayant subi un choc émotif, etc.).

IV. Le retrait du plaidoyer et l'appel

Les recommandations suivantes devraient prendre la forme de dispositions législatives.

RECOMMANDATION

20. L'accusé qui a plaidé coupable devrait être en droit de retirer ce plaidoyer avant le prononcé de la peine, ou d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité en découlant, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) il a plaidé coupable par suite d'une incitation condamnable;

b) il a plaidé coupable parce que le juge l'a incité à le faire;

---

351. *Soanes*, précité, note 335, le lord juge en chef Goddard, p. 290.

352. Recommandation 19c).

c) il a plaidé coupable parce qu'il ne comprenait pas bien la nature ou les conséquences de l'entente conclue entre lui-même et le poursuivant;

d) le poursuivant n'a pas respecté les modalités de l'entente sur le plaidoyer conclue avec l'accusé.

Commentaire

Cette recommandation vise notamment à donner effet aux recommandations 5, 6 et 13. Nous n'avons toutefois pas voulu y énumérer d'une manière exhaustive les circonstances dans lesquelles il devrait être permis à l'accusé de retirer son plaidoyer de culpabilité ou d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité en découlant.

En rédigeant cette recommandation, nous nous sommes demandé si les présumés manquements du poursuivant à une entente relative à la peine[353] devaient constituer un motif permettant à l'accusé, dont le plaidoyer de culpabilité était fondé sur cette entente, de se pourvoir contre la peine prononcée (et non pas contre la déclaration de culpabilité). Cette possibilité découle de la décision *R.* c. *Brown*[354] (dont nous avons parlé ci-dessus, p. 32). Dans cette affaire, on s'en souviendra, la Cour d'appel de l'Ontario avait fait droit à l'appel interjeté par l'accusé contre la peine prononcée, substituant une peine concomitante à la peine consécutive infligée, après avoir déclaré que le poursuivant s'était notamment [TRADUCTION] «engagé à [...] souligner au juge présidant le procès qu'il ne demandait pas que la peine prononcée en l'espèce soit une peine consécutive [...][355]», mais «tout compte fait, semble avoir exhorté le juge [...] à prononcer une peine consécutive[356]». Bien que la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'ait pas, dans la décision postérieure *R.* c. *Morrison*[357], fait spécifiquement allusion à la décision *Brown*, le même raisonnement paraît avoir amené l'accusé à faire valoir, à l'appui de l'appel interjeté de la peine (selon les mots du juge d'appel Pace) [TRADUCTION] «que le marché doit être exécuté et que la Cour devrait prononcer une peine conforme à l'entente conclue[358]». L'établissement d'une règle autorisant effectivement l'accusé à demander l'«exécution forcée»[359] (par le moyen d'un appel de la peine) pose toutefois une difficulté : la juridiction d'appel se trouverait dans une situation qui, à bon droit, est épargnée au juge de première instance[360]. Aussi préférons-nous le principe exprimé dans l'affaire *Morrison* : [TRADUCTION] «les

353. Par exemple, l'engagement de recommander une peine particulière ou un type particulier de peine, ou de ne pas s'y opposer.

354. Précitée, note 70.

355. *Id.*, le juge en chef Gale, p. 228.

356. *Ibid.*

357. Précitée, note 70.

358. *Id.*, p. 530.

359. C'est la notion utilisée dans ce contexte par VERDUN-JONES et COUSINEAU, *loc. cit.*, note 16, p. 244.

360. Voir *supra*, notes 69-73, et le texte qui les accompagne.

tribunaux ne sont pas liés par les ententes sur le plaidoyer conclues par les procureurs[361]» et «[i]l est possible que dans certaines circonstances, le tribunal ne permette pas à une partie de désavouer l'entente une fois qu'elle a été présentée au juge qui préside le procès [...], mais cela ne veut pas dire que le tribunal soit tenu à l'exécution de l'entente[362]».

RECOMMANDATION

21. Lorsque l'accusé a plaidé coupable à l'égard d'une infraction et que, déclaré coupable, il a été condamné à une peine qui, d'une part, est prévue par le *Code criminel* dans les circonstances et, d'autre part, correspond à la peine ou à l'échelle de peines envisagée dans l'entente sur le plaidoyer, le poursuivant ne devrait pas être habilité à interjeter appel de la peine prononcée, à moins qu'il soit établi :

a) soit que le poursuivant, pendant les discussions sur le plaidoyer, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle;

b) soit que le tribunal, en prononçant la peine, a été induit en erreur sur une question essentielle.

Commentaire

Cette recommandation tire son origine de la décision rendue par le juge Hugessen dans l'affaire *A.-G. Canada* c. *Roy*[363]. Comme dans le cas de la recommandation 19d), le principe en cause est celui de l'équité. Il s'agit d'obliger la poursuite à respecter les ententes conclues par elle (afin d'être équitable envers l'accusé), sauf dans les circonstances énoncées.

La première partie de la recommandation repose sur le postulat que la peine prononcée est légale au regard des dispositions actuelles du Code. L'exception énoncée à l'alinéa a) (tirée de l'affaire *Roy*) embrasse les situations où le poursuivant a été incité à conclure une entente sur le plaidoyer par une tromperie de l'accusé (dissimulation d'un casier judiciaire chargé, par exemple). Quant à l'exception énoncée à l'alinéa b), elle porte sur les situations où le tribunal a été incité à accepter une entente sur le plaidoyer par une quelconque supercherie des parties à l'entente. (On pourrait imaginer par exemple qu'un poursuivant, par suite de corruption ou de menaces, s'associe à l'accusé pour tromper le tribunal.)

Il pourrait être nécessaire d'envisager aussi le cas où les manœuvres dolosives de l'accusé auraient influencé non seulement la peine fixée, mais aussi l'acceptation

---

361. Précité, note 70, le juge d'appel Pace, p. 530.

362. *Ibid.*

363. Précitée, note 186.

même, par le poursuivant ou le tribunal, du plaidoyer de culpabilité de l'accusé à l'égard d'une infraction donnée. En pareil cas, l'appel du poursuivant contre la peine ne serait pas nécessairement la meilleure solution. Quoi qu'il en soit, nous estimons que le cadre du présent document de travail se prête mal à l'étude de ce problème et nous préférons y revenir dans le cadre de nos travaux à paraître sur l'appel et sur les recours extraordinaires.

Nous n'avons pas inclus l'exception qui, toujours d'après le jugement *Roy*, s'appliquerait [TRADUCTION] «lorsqu'il peut être établi que la gravité du crime et la très nette insuffisance de la peine l'emportent sur l'intérêt public touchant l'administration ordonnée de la justice[364]». La règle générale, à notre avis, consiste en ce que les décisions des procureurs du ministère public engagent celui-ci, qui devrait donc être lié par les erreurs de ceux-là. Si (comme l'indiquent les exceptions énoncées aux alinéas a) et b)) l'obligation d'équité envers l'accusé peut à l'occasion disparaître ou s'estomper, respectivement en cas de tromperie ou pour prévenir une entrave à la justice, le cas des erreurs commises par l'accusation est à notre avis différent. En effet, l'erreur commise par un procureur lorsqu'il adopte et défend un point de vue devrait être mise exactement sur le même pied que toute autre erreur susceptible d'être commise par lui dans le processus pénal. Or suivant le droit actuel, aucune erreur n'est susceptible d'appel de la part du procureur qui l'a commise même lorsqu'elle aboutit à l'acquittement d'un accusé, par exemple lorsque, par erreur, on a décidé de ne pas produire tel ou tel élément de preuve. Nous ne voyons pas pour quelle raison l'erreur commise pendant les discussions sur le plaidoyer devrait constituer une exception à cette règle générale.

V. L'irrecevabilité des poursuites ultérieures

La recommandation suivante devrait prendre la forme d'une disposition législative.

RECOMMANDATION

22. Lorsque l'accusé a plaidé coupable à l'égard d'une infraction par suite d'une entente sur le plaidoyer conclue entre le poursuivant et lui-même, devrait être irrecevable toute poursuite ultérieure intentée contre l'accusé en violation de cette entente, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) le poursuivant, pendant les discussions sur le plaidoyer, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle;

b) le poursuivant a été incité à conclure l'entente sur le plaidoyer par des agissements constituant une entrave à la justice.

---

364. *Id.*, p. 93.

Commentaire

Il s'agit ici de favoriser l'équité envers les personnes accusées et de préserver le respect du public envers la manière dont la justice pénale est administrée. Cette recommandation est fondée sur l'idée que, d'une manière générale, il n'y a pas lieu d'admettre les manquements, de la part de l'accusation, aux engagements pris dans le cadre d'ententes sur le plaidoyer.

Les alinéas a) et b) énoncent deux exceptions à la règle générale. Pour ce qui est de l'alinéa a), le lecteur est prié de se reporter aux commentaires touchant la recommandation 21. L'alinéa b) vise quant à lui les cas où le poursuivant se serait laissé corrompre ou aurait été l'objet de menaces, etc.

VI. L'inadmissibilité des éléments de preuve

La recommandation suivante devrait prendre la forme d'une disposition législative.

RECOMMANDATION

23. Le plaidoyer de culpabilité par la suite retiré, l'offre de plaider coupable à l'égard d'une infraction et toute déclaration relative à l'un de ces deux actes devraient dans toute poursuite être tenus pour inadmissibles pour prouver la culpabilité ou la crédibilité.

Commentaire

Cette recommandation, dans ses premiers mots, reprend presque textuellement les termes utilisés à l'article 25 de notre projet de *Code de la preuve*[365]. En établissant l'inadmissibilité du plaidoyer de culpabilité retiré et des déclarations connexes (règle qui n'est pas simplement fondée sur notre idée de l'équité mais sur la simple logique), nous reconnaissons que le droit pour l'accusé de retirer un plaidoyer de culpabilité en conformité avec la recommandation 20 «serait illusoire si ce fait pouvait servir de preuve contre l'accusé lors d'un procès subséquent[366]». En ce qui a trait à l'irrecevabilité des offres de plaidoyer et des déclarations connexes (qui embrasseraient les discussions

---

365. Voir COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *La preuve*, Rapport n° 1, Ottawa, Information Canada, 1975, pp. 27-28. Voir également COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 43, p. 64. Voir aussi *Federal Rules of Criminal Procedure* des États-Unis, précitées, note 7, règle 11(e)(6); *Standards for Criminal Justice* de l'American Bar Association, article 14-3.4 *op.cit.*, note 7; *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'ALI, *op. cit.*, note 7, article 350.7.

366. COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 365, p. 76. Voir *Thibodeau* c. *La Reine*, [1955] R.C.S. 646.

sur le plaidoyer), la règle découle de textes de doctrine portant sur les offres de règlement amiable faites «sous toute réserve[367]». Il s'agit en fait d'encourager «le règlement d'une affaire pénale qui n'exige pas le recours au procès proprement dit [...] en permettant que des pourparlers de règlements se déroulent avant le procès[368]».

---

367. Voir, en général, J. SOPINKA et S.N. LEDERMAN, *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974, pp. 196-199. Au sujet de l'admissibilité des plaidoyers de culpabilité non acceptés (ou inacceptables) relatifs à des infractions de moindre gravité, voir : *R.* c. *Hazeltine* (1967), 51 Cr. App. R. 351 (C.A.); *R.* c. *Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.), permission d'interjeter appel à la C.S.C. refusée (1970), 1 C.C.C. (2d) 68n; *R.* c. *Pentiluk and Mac Donald* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (C.A. Ont.), confirmé *sub nom. MacDonald* c. *La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 832; *R.* c. *Dobson* (1985), 19 C.C.C. (3d) 93 (C.A. Ont.).

368. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 365, p. 77. Voir *R.* c. *Draskovic* (1971), 5 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.); la Cour d'appel de l'Ontario a considéré comme admissible la déclaration faite par l'accusé, qui avait dit à un agent de police qu'il plaiderait coupable relativement à certaines accusations, si une autre était retirée. Tout en refusant (le juge Arnup, p. 188) d'exprimer une opinion [TRADUCTION] «sur la question de savoir s'il existe en Ontario ou au Canada un privilège touchant les discussions entre l'avocat de l'accusé et l'avocat de la Couronne quant aux accusations dont sera saisie la Cour et quant aux plaidoyers qui seront faits, qui constituent ce que l'on appelle le "marchandage de plaidoyers" [...]», la Cour a déclaré : [TRADUCTION] «[c]e qui s'est passé n'était aucunement un "marchandage de plaidoyers", mais il s'agissait simplement d'une déclaration volontairement faite par l'accusé au détective, qui n'avait le pouvoir de faire rien d'autre que de signaler cette déclaration à quelqu'un d'autre». Ce point de vue est critiqué dans FERGUSON et ROBERTS, *loc. cit.*, note 17, p. 553, n. 199. *Cf. R.* c. *Jones*, précité, note 169, p. 186. Sur la question des déclarations faites par l'accusé ou son avocat au poursuivant, à la police ou au poursuivant en présence de la police, voir G. FERGUSON, «Discovery in Criminal Cases», dans ATRENS, BURNS et TAYLOR, *op. cit.*, note 349, vol. 2, ch. XIII, p. 50, n. 205.

CHAPITRE TROIS

Sommaire des recommandations

1. L'expression «entente sur le plaidoyer» devrait être définie comme toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée.

2. L'expression «discussion sur le plaidoyer» devrait être définie comme toute discussion ayant pour objet la conclusion d'une entente sur le plaidoyer.

3. (1) L'expression «incitation condamnable» devrait être définie comme toute incitation qui rend nécessairement suspecte l'authenticité du plaidoyer de l'accusé ou sa conformité avec les faits; elle inclut les circonstances énoncées ci-dessous, lorsqu'elles ont pour but d'encourager l'accusé à plaider coupable :

a) le dépôt de toute inculpation dont le poursuivant sait qu'elle n'est pas fondée au regard des faits susceptibles d'être prouvés;

b) le dépôt de toute accusation qui est inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputé à l'accusé;

c) le fait de menacer de porter une accusation visée aux alinéas a) ou b);

d) toute menace de réclamer une peine plus sévère que celle habituellement infligée pour une semblable infraction à la suite d'un plaidoyer de non-culpabilité;

e) toute offre, menace ou promesse dont la réalisation échappe à la volonté de son auteur;

f) toute présentation inexacte d'un fait pertinent;

g) toute tentative pour persuader l'accusé de plaider coupable bien qu'il persiste à nier sa culpabilité.

(2) Il y aurait lieu de définir l'expression «incitation condamnable» de telle façon que soit clairement exclu le fait d'encourager l'accusé à conclure une entente sur le plaidoyer, au sens de la recommandation 1.

4. (1) Il y aurait lieu de permettre les discussions sur le plaidoyer entre le poursuivant et l'accusé, ou l'avocat de celui-ci en son nom.

(2) Aucun juge ou juge de paix qui est ou sera saisi des poursuites intentées contre l'accusé ne devrait prendre part aux discussions.

(3) Malgré le paragraphe (2), il devrait être permis au juge en chef, ou à un juge désigné par celui-ci, d'amorcer et de conduire des discussions sur le plaidoyer entre le poursuivant et la défense, à condition qu'il soit précisé clairement que l'accusé ne comparaîtra pas devant ce juge et que rien ne l'oblige à conclure une entente sur le plaidoyer.

[(4) Un juge peut informer en des termes généraux le poursuivant et la défense des éventuels avantages de discussions sur le plaidoyer, et leur donner l'occasion d'engager de telles discussions.]

5. Nul poursuivant, agent de police ou avocat de la défense ne devrait se livrer à une incitation condamnable à l'endroit de l'accusé.

6. Nul juge ou juge de paix qui est ou sera saisi des poursuites intentées contre l'accusé ne devrait se livrer à une quelconque incitation dans le but d'encourager l'accusé à plaider coupable relativement à quelque infraction.

7. (1) Toute discussion sur le plaidoyer entre le poursuivant et l'accusé devrait être interdite en l'absence de l'avocat dont celui-ci a retenu les services.

(2) Lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat et souhaite engager avec le poursuivant des discussions sur le plaidoyer, le poursuivant devrait l'informer de ce qui suit :

a) il pourrait être avantageux pour l'accusé d'être représenté par avocat;

b) si l'accusé n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, il devrait vérifier s'il remplit les conditions pour pouvoir bénéficier des services provinciaux d'aide juridique.

Par la suite, aucune discussion ne devrait avoir lieu directement entre le poursuivant et l'accusé, à moins que celui-ci ait informé sans équivoque le poursuivant qu'il n'a pas l'intention de retenir les services d'un avocat.

8. (1) Les poursuivants devraient offrir aux personnes accusées dans des circonstances semblables les mêmes possibilités en ce qui a trait à l'engagement de discussions sur le plaidoyer.

(2) Les poursuivants devraient veiller, pendant les discussions sur le plaidoyer, à ce que les personnes accusées dans des circonstances semblables soient traitées de la même façon.

9. L'avocat d'un accusé ne devrait conclure au nom de celui-ci aucune entente sur le plaidoyer qui obligerait l'accusé à plaider coupable à l'égard d'une infraction dont il s'affirme innocent.

10. Le poursuivant ne doit suggérer ni conclure aucune entente sur le plaidoyer, ni participer à la conclusion d'aucune entente sur le plaidoyer qui présente l'une ou l'autre des caractéristiques suivantes :

a) elle oblige l'accusé à plaider coupable à l'égard d'une infraction dont la perpétration n'est pas démontrée par la preuve;

b) elle oblige l'accusé à plaider coupable à l'égard d'accusations qui ne traduisent pas correctement la gravité de la conduite de l'accusé susceptible d'être prouvée, à moins que, dans des circonstances exceptionnelles, elles ne soient justifiables au regard des avantages qu'elles présentent pour l'administration de la justice, la protection de la société ou la protection de l'accusé;

c) elle oblige le poursuivant à dénaturer des éléments de preuve ou à s'abstenir de les produire;

d) on y envisage un dispositif qui s'écarte sensiblement de celui qui, en l'absence d'une entente sur le plaidoyer, aurait été pris si l'accusé avait plaidé coupable à l'égard de la même infraction, à moins que, dans des circonstances exceptionnelles, ce dispositif ne soit justifiable au regard des avantages qu'il présente pour l'administration de la justice, la protection de la société ou la protection de l'accusé.

11. (1) Sauf impossibilité matérielle dans les circonstances, le poursuivant devrait, avant de conclure une entente sur le plaidoyer, demander aux témoins leur point de vue et en apprécier soigneusement la portée.

(2) Le poursuivant qui conclut une entente sur le plaidoyer devrait chercher à faire en sorte que les victimes soient informées de la nature et des motifs de l'entente, à moins que cela soit inopportun pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que l'accusé ou une autre personne subisse un préjudice grave.

12. (1) Le poursuivant et l'accusé qui ont conclu une entente sur le plaidoyer devraient, avant que l'accusé plaide coupable, faire connaître au tribunal :

a) la nature et les motifs de l'entente;

b) le cas échéant, le fait qu'un autre juge a déjà été mis au fait d'une entente antérieure conclue dans la même affaire, et la nature de cette entente.

(2) La communication et la justification prévues au paragraphe (1) devraient avoir lieu en audience publique, à moins que cela soit inopportun pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que l'accusé ou une autre personne subisse un préjudice grave.

13. Lorsqu'il est mis au courant de la conclusion entre le poursuivant et l'accusé d'une entente sur le plaidoyer, le juge devrait avoir la possibilité, lorsqu'il l'estime nécessaire, d'interroger l'accusé pour s'assurer qu'il en comprend bien la nature et les conséquences.

14. Le juge ne devrait en aucun cas être lié par une entente ou un projet d'entente sur le plaidoyer.

15. Si, une fois informé de l'existence, de la nature et des motifs d'une entente, le juge conclut que le dispositif envisagé n'est pas opportun, il devrait en informer l'accusé.

16. Avant d'accepter un plaidoyer de culpabilité, le juge devrait avoir la possibilité, lorsqu'il l'estime nécessaire, de vérifier par un interrogatoire si l'accusé a été de quelque manière incité à plaider coupable, exception faite des incitations qui ont été divulguées comme faisant partie d'une entente sur le plaidoyer.

17. Lorsque le poursuivant et l'accusé ont conclu une entente sur le plaidoyer, le juge devrait avoir la possibilité, avant d'accepter un plaidoyer de culpabilité, d'effectuer l'enquête qu'il juge nécessaire pour s'assurer que ce plaidoyer se justifie au regard des faits.

18. Pour déterminer s'il y a lieu d'accepter le plaidoyer de culpabilité d'un accusé relativement à une infraction différente de celle dont il est inculpé, le juge devrait tenir compte de la nature et des motifs de toute entente sur le plaidoyer éventuellement conclue entre l'accusé et le poursuivant.

19. Le juge devrait rejeter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé lorsque, notamment, il a des motifs raisonnables de croire :

a) que l'accusé a plaidé coupable par suite d'une incitation condamnable;

b) que l'accusé a plaidé coupable sur l'incitation d'un juge ou d'un juge de paix;

c) que, l'accusé «niant sa culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est inculpé, [mais s'avouant] coupable d'une autre infraction se rapportant à la même affaire [...]» au sens de l'actuel paragraphe 606(4) du *Code criminel*, l'inculpation à l'égard de laquelle il plaide coupable ne correspond pas à la gravité de ses agissements susceptibles d'être prouvés;

d) que le plaidoyer de culpabilité de l'accusé ne peut se justifier au regard des faits.

20. L'accusé qui a plaidé coupable devrait être en droit de retirer ce plaidoyer avant le prononcé de la peine, ou d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité en découlant, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) il a plaidé coupable par suite d'une incitation condamnable;

b) il a plaidé coupable parce que le juge l'a incité à le faire;

c) il a plaidé coupable parce qu'il ne comprenait pas bien la nature ou les conséquences de l'entente conclue entre lui-même et le poursuivant;

d) le poursuivant n'a pas respecté les modalités de l'entente sur le plaidoyer conclue avec l'accusé.

21. Lorsque l'accusé a plaidé coupable à l'égard d'une infraction et que, déclaré coupable, il a été condamné à une peine qui, d'une part, est prévue par le

Code criminel **dans les circonstances et, d'autre part, correspond à la peine ou à l'échelle de peines envisagée dans l'entente sur le plaidoyer, le poursuivant ne devrait pas être habilité à interjeter appel de la peine prononcée, à moins qu'il soit établi :**

a) soit que le poursuivant, pendant les discussions sur le plaidoyer, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle;

b) soit que le tribunal, en prononçant la peine, a été induit en erreur sur une question essentielle.

22. Lorsque l'accusé a plaidé coupable à l'égard d'une infraction par suite d'une entente sur le plaidoyer conclue entre le poursuivant et lui-même, devrait être irrecevable toute poursuite ultérieure intentée contre l'accusé en violation de cette entente, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) le poursuivant, pendant les discussions sur le plaidoyer, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle;

b) le poursuivant a été incité à conclure l'entente sur le plaidoyer par des agissements constituant une entrave à la justice.

23. Le plaidoyer de culpabilité par la suite retiré, l'offre de plaider coupable à l'égard d'une infraction et toute déclaration relative à l'un de ces deux actes devraient dans toute poursuite être tenus pour inadmissibles pour prouver la culpabilité ou la crédibilité.

ANNEXE A

Règles et lignes directrices fréquemment citées dans le présent document

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Administration of Ontario Courts*, Partie II (1973), chapitre 2, sommaire des recommandations, n° 2.

[TRADUCTION]
Négociation du plaidoyer

20. Il y aurait lieu d'établir les lignes directrices suivantes à l'intention des poursuivants, pour la négociation du plaidoyer :

a) L'opportunité pratique ne devrait pas constituer une considération ni un motif. Les problèmes suscités par la surcharge des tribunaux doivent être résolus par des moyens autres que les plaidoyers de culpabilité négociés, qu'ils aient trait à la peine ou non.

b) Le poursuivant devrait éviter d'inciter ou de contraindre l'accusé à plaider coupable à l'égard d'un nombre réduit d'accusations ou à l'égard d'une infraction de moindre gravité ou incluse.

c) Seules devraient être maintenues par le poursuivant les accusations dont il a l'intention de saisir le tribunal.

d) Le poursuivant ne devrait pas consentir à l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité à l'égard d'une infraction qui n'est pas établie par les éléments de preuve dont il dispose.

e) Le poursuivant ne devrait pas consentir à l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité à l'égard d'une inculpation qui ne peut être poursuivie à cause de la prescription ou pour une autre raison.

f) Dans toutes les discussions avec l'avocat de la défense, le poursuivant doit préserver sa liberté d'exercer ses fonctions comme il le juge approprié. Devraient être évités tout acte et toute parole ayant pour effet de porter atteinte à la liberté du poursuivant et de l'avocat de la défense.

g) Le poursuivant peut dire à l'avocat de la défense le point de vue qu'il pourrait exprimer si le juge l'invitait à faire des observations au sujet de la peine. Il devrait toutefois éviter de prendre quelque engagement que ce soit sur la durée de la peine. Il peut signaler au juge les circonstances qu'il estime atténuantes

ou aggravantes, et lui dire quel pourrait être le type de peine approprié, mais il doit préciser que la question de la peine relève strictement du juge et qu'aucune déclaration ne peut engager le procureur général dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire au sujet de l'opportunité d'interjeter appel de la peine ou non.

h) Il y aurait lieu d'éviter toute tentative visant à réduire la gravité des éléments de preuve pour rendre ceux-ci conformes aux accusations réduites.

i) Le poursuivant devrait toujours se considérer comme le mandataire du procureur général. C'est toujours le tribunal qui doit ultimement statuer sur l'affaire, sauf lorsque le procureur général souhaite retirer l'accusation.

j) Sauf dans des circonstances très exceptionnelles, ni le procureur de la Couronne ni l'avocat de l'accusé, seuls ou ensemble, ne devraient discuter d'un éventuel plaidoyer de culpabilité avec le juge dans son cabinet ou dans tout autre lieu, sauf en audience publique. Lorsque les circonstances imposent la tenue des discussions dans le cabinet du juge, un sténographe judiciaire devrait toujours être présent pour consigner l'intégralité de la discussion, qui sera versée au dossier.

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Code de déontologie professionnelle* (1974), chapitre VIII, commentaire n° 10.

Lorsque, après enquête,

a) un avocat de la défense avise son client qu'il pense, en toute honnêteté, qu'un acquittement est incertain ou fort peu probable,

b) le client est disposé à admettre les éléments matériels et psychologiques de l'infraction,

c) l'avocat avertit son client de toutes les conséquences éventuelles de la situation, et en particulier du détachement du tribunal,

d) le client le prie d'agir en conséquence,

l'avocat peut légitimement discuter avec le procureur de la Couronne sur l'opportunité et l'étendue d'un plaidoyer de culpabilité, ainsi que sur les mesures ou la sentence à proposer au tribunal. Il ne faut pas néanmoins que l'intérêt public ait l'air d'être sacrifié à l'expédition d'affaires douteuses. En conséquence, toutes les circonstances entourant les tentatives d'arrangement entre la défense et l'accusation, dans le cas où elles sont suivies d'effets, doivent être intégralement révélées à l'audience. Le juge ne doit en aucune manière être partie à ces pourparlers ou discussions, sauf à ce qu'il en soit tenu informé.

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Code de déontologie professionnelle* (1988), chapitre IX, commentaire n° 12.

Lorsque, après enquête,

a) un avocat de la défense avise son client qu'il pense, en toute honnêteté, qu'un acquittement est incertain ou peu probable,

b) le client est disposé à admettre les éléments matériels et psychologiques de l'infraction,

c) l'avocat avertit son client de toutes les conséquences éventuelles d'un plaidoyer de culpabilité et que la sentence est laissée à la seule discrétion du juge du procès, et lorsque

d) le client lui donne instruction d'agir en conséquence, préférablement par écrit,

L'avocat peut légitimement discuter avec le procureur de la Couronne et convenir provisoirement de l'opportunité d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité à l'accusation telle que portée, ou à une accusation moindre et incluse et convenir de la même façon des mesures ou de la sentence à proposer au tribunal. Néanmoins, il ne faut pas que l'intérêt public et celui des clients soient compromis par une telle entente.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (1975), article 350.3.

[TRADUCTION]
Article 350.3. Procédure régissant les discussions sur le plaidoyer

(1) *Conférence sur le plaidoyer*. Sur demande de l'une d'entre elles, les parties se réunissent pour discuter de la possibilité que, si l'accusé plaide coupable ou renonce à contester les faits à sa charge (*nolo contendere*) à l'égard d'une ou de plusieurs infractions, le procureur évite de porter, rejette ou demande le rejet d'autres accusations, ou s'engage à recommander une peine particulière ou à ne pas s'y opposer. L'accusé doit être représenté par avocat dans ces discussions, mais sa présence n'est pas obligatoire. Le tribunal ne participe pas aux discussions.

(2) *Règlement applicable au poursuivant*. Chaque bureau de poursuites de l'État établit en vertu de l'article 10.3 un règlement exposant les lignes directrices et procédures applicables en matière de discussions et d'ententes sur le plaidoyer, afin de donner aux accusés se trouvant dans des situations semblables, les mêmes occasions en ce qui concerne ces discussions et ententes.

(3) *Pressions inadmissibles*. Le poursuivant ne doit pas tenter d'inciter l'accusé à plaider coupable ou à ne pas contester l'inculpation en exerçant des pressions inadmissibles, consistant par exemple :

a) à inculper ou menacer d'inculper l'accusé d'un crime qui n'est pas établi par des faits considérés par le poursuivant comme susceptibles d'être prouvés;

b) à inculper ou menacer d'inculper l'accusé d'un crime dont on n'inculpe pas habituellement un accusé, dans le ressort en question, pour les faits reprochés à l'accusé;

c) à menacer l'accusé d'une peine plus sévère, s'il plaide non coupable, que celle qui est habituellement infligée, dans le même ressort et dans des cas semblables, aux accusés qui plaident non coupable.

(4) *Obtention de renseignements en vue d'une conférence sur le plaidoyer.* Lorsque les parties s'entendent pour que l'accusé plaide coupable, elles doivent être soumises aux obligations énoncées à l'article 320.3 du présent code en matière de communication de la preuve. Les parties peuvent requérir l'assistance du tribunal pour exposer des faits supplémentaires pertinents au regard d'une telle entente, comme le prévoit l'article 320.4.

(5) *Étude préliminaire de l'entente sur le plaidoyer.* Si les parties ont conclu un projet d'entente sur le plaidoyer, elles peuvent avec l'autorisation du tribunal aviser celui-ci des conditions de l'entente et des motifs qui la sous-tendent, avant le moment fixé pour le plaidoyer. Le tribunal peut alors indiquer aux parties s'il acquiescera au dispositif proposé, sous réserve de la conformité des renseignements contenus dans le rapport prédécisionnel avec les observations faites devant le tribunal.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (1975), paragraphe 350.4 (2).

[TRADUCTION]

(2) *Le plaidoyer fait en connaissance de cause.* Le tribunal interroge le poursuivant, l'avocat de la défense et l'accusé lui-même, pour vérifier s'il y a eu antérieurement des discussions sur le plaidoyer, si les parties ont auparavant conclu une quelconque entente sur le plaidoyer et les conditions de celui-ci, et si des incitations ont été faites en violation du paragraphe 350.3(3). Le tribunal ne doit pas accepter un aveu de culpabilité ou un *nolo contendere* de la part de l'accusé sans s'être assuré tout d'abord qu'il résulte d'un choix exercé en pleine connaissance de cause et que l'accusé en comprend l'effet, le cas échéant, sur les autres accusations qui ont été portées contre lui ou pourraient l'être.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (1975), article 350.5.

[TRADUCTION]

Article 350.5. Mesures additionnelles devant être prises par le tribunal en cas d'entente sur le plaidoyer

(1) *Dévoilement de l'entente au moment du plaidoyer.* Si les parties ont conclu une entente sur le plaidoyer en vertu de l'article 350.3, elles doivent la dévoiler au tribunal au moment fixé pour le plaidoyer de l'accusé.

(2) *Appréciation par le tribunal de l'opportunité de l'entente.* Pour décider s'il y a lieu d'approuver le plaidoyer découlant d'une entente, le tribunal doit notamment se demander :

a) si les parties ont adéquatement tenu compte des faits qu'il y a lieu de prendre en considération pour décider à bon escient du sort de l'accusé;

b) si les conditions de l'entente, ainsi que tout programme spécial de réadaptation sociale, à caractère psychiatrique ou autre, dont les parties sont convenues, paraissent d'une manière générale convenir aux besoins de l'accusé;

c) si l'entente est conforme à l'intérêt public, en ce qu'elle prend en considération non seulement l'avantage pour le public d'une décision rapide, mais également la nécessité d'une décision qui donne au public une protection adéquate, sans minimiser la gravité de l'infraction ni ternir l'image de la loi.

(3) *Enquête prédécisionnelle*. Le tribunal peut ordonner à son service de probation d'effectuer une enquête pour l'aider à rendre une décision relativement à l'entente. Si le tribunal le juge opportun, il peut ordonner que cette enquête commence au moment de la présentation, pour examen préliminaire, de l'entente sur le plaidoyer, en conformité avec le paragraphe 350.3(5).

(4) *Décision sur le plaidoyer*. Avant d'accepter le plaidoyer découlant d'une entente, le tribunal doit dire aux parties s'il approuve l'entente et s'il rendra une décision conforme à celle-ci. Si le tribunal décide de désapprouver l'entente et de ne pas rendre une décision conforme à celle-ci, il doit en informer les parties, refuser d'accepter le plaidoyer de culpabilité ou le *nolo contendere* de l'accusé, et informer celui-ci, personnellement, qu'il n'est pas lié par l'entente. Le tribunal informe les parties des motifs pour lesquels il a rejeté l'entente et leur donne l'occasion de la modifier en conséquence. La décision par laquelle le tribunal désapprouve l'entente est sans appel.

***Federal Rules of Criminal Procedure* (1988), règles 11*e*) et *f*), États-Unis.**

[TRADUCTION]
e) *Procédure régissant les ententes sur le plaidoyer*

(1) *Dispositions générales*. Le procureur du ministère public et l'avocat de l'accusé, ou l'accusé lorsqu'il n'est pas représenté, peuvent entreprendre des discussions en vue de la conclusion d'une entente suivant laquelle, en contrepartie d'un aveu de culpabilité ou d'un *nolo contendere* relatif à l'infraction reprochée ou à une infraction moindre ou connexe, le procureur du ministère public fera l'une des choses suivantes :

(A) présenter une requête en vue du rejet d'autres accusations;

(B) faire une recommandation, ou s'engager à ne pas s'opposer à la requête de l'accusé, en vue d'une peine donnée, encore que cette recommandation ou requête ne lie aucunement le tribunal;

(C) convenir qu'une peine donnée est appropriée en l'espèce.

Le tribunal ne participe aucunement à ces discussions.

(2) *Notification de l'entente*. Lorsque les parties ont conclu une entente sur le plaidoyer, le tribunal doit exiger la communication de l'entente en audience publique ou, si l'on établit que cela est opportun, à huis clos, au moment du plaidoyer; cette

exigence est inscrite au dossier. Si l'entente appartient à la catégorie visée à l'alinéa *e*)(1)(A) ou (C), le tribunal peut l'accepter ou la rejeter, ou encore reporter sa décision jusqu'au moment où il aura eu l'occasion de prendre connaissance du rapport prédécisionnel. Si l'entente appartient à la catégorie visée à l'alinéa *e*)(1)(B), le tribunal avise l'accusé que s'il n'accepte pas la recommandation ou la requête, celui-ci aura néanmoins le droit de retirer son plaidoyer.

(3) *Acceptation de l'entente sur le plaidoyer*. Si le tribunal accepte l'entente sur le plaidoyer, il informe l'accusé que la sentence et la peine seront conformes à ce qui est prévu dans l'entente.

(4) *Rejet de l'entente sur le plaidoyer*. Si le tribunal rejette l'entente, il en informe les parties, avise l'accusé personnellement en audience publique ou, s'il est établi que cela est opportun, à huis clos, que le tribunal n'est pas lié par l'entente, donne à l'accusé l'occasion de retirer son plaidoyer et l'informe que s'il persiste à plaider coupable ou à maintenir son *nolo contendere*, la décision rendue risque d'être moins favorable pour lui que celle qui est envisagée dans l'entente. Ces faits sont tous consignés au dossier.

(5) *Moment où le tribunal est avisé de l'entente*. Sauf pour des raisons valables, le tribunal est avisé de l'existence d'une entente sur le plaidoyer au moment de la mise en accusation ou à tout autre moment, avant le procès, qui est fixé par le tribunal.

(6) *Irrecevabilité des plaidoyers, des discussions sur le plaidoyer et des déclarations connexes*. Sauf dispositions contraires dans le présent paragraphe, la preuve des déclarations désignées ci-dessous n'est pas recevable, dans une poursuite civile ou criminelle, contre l'accusé qui a fait le plaidoyer ou participé aux discussions sur le plaidoyer :

(A) tout plaidoyer de culpabilité par la suite retiré;

(B) toute déclaration de *nolo contendere*;

(C) toute déclaration faite pendant les procédures prévues à la présente règle, au sujet d'un plaidoyer de culpabilité ou d'une déclaration de *nolo contendere*;

(D) toute déclaration faite au cours de discussions sur le plaidoyer avec un procureur du ministère public, qui n'ont pas pour résultat un plaidoyer de culpabilité ou qui donnent lieu à un plaidoyer de culpabilité par la suite retiré.

Une telle déclaration est toutefois recevable (i) dans toute procédure où a été produite une autre déclaration faite dans le cadre du même plaidoyer ou des mêmes discussions sur le plaidoyer, lorsqu'en toute justice les deux devraient être prises en considération ensemble, ou (ii) dans une poursuite pénale pour parjure ou fausse déclaration, lorsqu'elle a été faite par l'accusé sous serment et en présence de son avocat, et a été consignée au dossier.

(f) *Détermination de la conformité du plaidoyer avec les faits*. Malgré l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité, le tribunal ne doit pas rendre jugement en

conformité avec ce plaidoyer sans tout d'abord faire une enquête pour se convaincre qu'il se justifie au regard des faits.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Standards for Criminal Justice* (1980), articles 14-3.1, 14-3.2, 14-3.3, 14-3.4.

[TRADUCTION]

PARTIE III, DISCUSSIONS ET ENTENTES SUR LE PLAIDOYER

Article 14-3.1. Opportunité des discussions et ententes sur le plaidoyer

a) Le procureur du ministère public peut engager avec l'avocat de l'accusé des discussions en vue de conclure une entente sur le plaidoyer. Si l'accusé a renoncé aux services d'un avocat en vertu des présentes règles, le procureur du ministère public peut engager directement avec lui des discussions sur le plaidoyer. Habituellement, il y a lieu d'effectuer et de conserver une transcription textuelle de toutes ces discussions.

b) Le procureur du ministère public, pour conclure une entente sur le plaidoyer, peut s'engager à l'une ou l'autre des choses suivantes, suivant les circonstances de l'espèce :

(i) faire des recommandations favorables à l'accusé, ou ne pas s'y opposer, en ce qui concerne la peine devant être prononcée si l'accusé plaide coupable ou *nolo contendere*;

(ii) rejeter ou chercher à faire rejeter les poursuites relativement à l'infraction reprochée, ou ne pas s'opposer à leur rejet, si l'accusé plaide coupable ou *nolo contendere* à l'égard d'une autre infraction qui est raisonnablement reliée aux agissements commis par lui;

(iii) rejeter ou chercher à faire rejeter les poursuites relativement à d'autres accusations ou accusations éventuelles contre l'accusé, ou ne pas s'opposer à leur rejet, si l'accusé plaide coupable ou *nolo contendere*.

c) Les accusés se trouvant dans des situations semblables devraient se voir accorder les mêmes occasions en ce qui a trait aux ententes sur le plaidoyer.

d) Le procureur du ministère public devrait tout mettre en œuvre pour demeurer au courant du point de vue et des sentiments des victimes et des personnes chargées de l'application de la loi, avant de conclure une entente sur le plaidoyer.

Article 14-3.2 Rapports entre l'avocat de la défense et son client

a) L'avocat de la défense ne devrait conclure une entente sur le plaidoyer qu'avec le consentement de l'accusé, et devrait veiller à ce que ce soit lui qui, ultimement, décide de plaider coupable ou *nolo contendere*.

b) Pour aider l'accusé à prendre une décision à cet égard, l'avocat de la défense, après avoir mené une enquête appropriée, devrait informer l'accusé des solutions

possibles et des questions devant selon lui être prises en considération pour cette décision.

Article 14-3.3. Responsabilités du juge

a) Le juge ne devrait accepter aucun plaidoyer de culpabilité ou déclaration de *nolo contendere* sans avoir tout d'abord vérifié si les parties ont conclu une entente sur le plaidoyer et, le cas échéant, sans en exiger la divulgation des conditions et des motifs.

b) Si les parties ont conclu une entente sur le plaidoyer, par laquelle est envisagé l'octroi par le juge de concessions relativement à l'inculpation ou à la peine, le juge devrait :

(i) ordonner la préparation d'un rapport préalable au plaidoyer ou d'un rapport prédécisionnel, lorsque cela s'avère nécessaire pour rendre la décision appropriée;

(ii) prêter à l'entente toute l'attention requise mais, indépendamment de son existence, rendre une décision impartiale sur la question de savoir s'il y a lieu d'accorder des concessions relativement à l'inculpation ou à la peine;

(iii) dans tous les cas, dire à l'accusé s'il accepte ou rejette les concessions envisagées en ce qui a trait à l'inculpation ou à la peine, ou lui dire si la décision sur l'acceptation est reportée après le plaidoyer ou jusqu'à la remise d'un rapport préalable au plaidoyer ou d'un rapport prédécisionnel.

c) Si les parties ne parviennent pas à conclure une entente sur le plaidoyer, elles peuvent, dans la mesure où le poursuivant et l'avocat de l'accusé s'entendent à cet effet, demander une rencontre avec le juge pour en discuter. Si le juge accepte de rencontrer les parties, il fait office de modérateur et écoute leurs arguments respectifs au sujet des concessions appropriées relativement à l'inculpation ou à la peine. Après avoir écouté les parties, le juge peut indiquer quelles concessions relatives à l'inculpation ou à la peine seraient acceptables, ou leur dire s'il souhaite recevoir un rapport préalable au plaidoyer avant de rendre une décision. Les parties peuvent alors décider entre elles, en l'absence de la cour, si elles acceptent ou rejettent l'entente sur le plaidoyer proposée par le tribunal.

d) Lorsque le juge se voit présenter une entente sur le plaidoyer ou consent à la tenue d'une conférence afin d'écouter les parties au sujet des concessions relatives à l'inculpation ou à la peine, le tribunal peut autoriser toute personne, y compris l'accusé, la victime présumée ou des tiers, à comparaître ou à témoigner, ou peut le leur ordonner.

e) Lorsque les parties n'ont ni informé le juge de l'existence d'une entente sur le plaidoyer ni demandé à le rencontrer en vue d'une discussion à ce sujet, le juge peut leur demander si elles ont envisagé le règlement de l'affaire sans procès, et autoriser un ajournement pour permettre la tenue de discussions sur le plaidoyer.

f) Toutes les discussions sur le plaidoyer auxquelles le juge assiste, doivent être transcrites textuellement et conservées; pour un motif valable, toutefois, le juge peut ordonner la mise sous scellé de la transcription des discussions. Celles-ci doivent avoir

lieu en audience publique, à moins qu'il n'existe une raison valable pour qu'elles aient lieu dans le cabinet du juge. Sauf dispositions contraires du présent article, le juge ne devrait jamais, par des paroles ou des gestes, directement ou indirectement, laisser entendre l'accusé ou à l'avocat de la défense qu'une entente sur le plaidoyer devrait être conclue ou que l'accusé devrait plaider coupable.

g) Lorsque, l'accusé ayant offert de plaider coupable, le juge décide que la décision finale ne devrait pas comporter les concessions envisagées relativement à l'inculpation ou à la peine dans l'entente sur le plaidoyer, il doit en informer l'accusé et permettre le retrait de l'offre de plaidoyer de culpabilité. Si l'accusé plaide coupable par suite d'une entente sur le plaidoyer et que le tribunal, après le plaidoyer, décide que la décision finale ne devrait pas comporter les concessions envisagées relativement à l'inculpation ou à la peine, le retrait du plaidoyer est permis dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(i) avant le plaidoyer, le juge a déclaré souscrire, à titre provisoire ou sans réserves, aux concessions proposées concernant l'inculpation ou la peine;

(ii) l'accusé plaide coupable à la condition expresse, approuvée par le juge, de pouvoir retirer ce plaidoyer si les concessions relatives à l'inculpation ou à la peine sont par la suite rejetées par le tribunal.

Dans tout autre cas, lorsque l'accusé plaide coupable par suite d'une entente sur le plaidoyer et que le juge décide que la décision finale ne devrait pas comporter les concessions envisagées relativement à l'inculpation ou à la peine, le retrait du plaidoyer peut être autorisé par le juge, s'il l'estime opportun.

14-3.4. Discussions et ententes irrecevables

À moins que l'accusé n'ait par la suite plaidé coupable ou *nolo contendere* sans avoir retiré ce plaidoyer, le fait que l'accusé ou l'avocat de la défense et le procureur du ministère public aient entrepris des discussions sur le plaidoyer ou conclu une entente en cette matière, de même que les déclarations faites par l'accusé relativement à ces discussions, ne devraient pas être reçus en preuve contre l'accusé ou en sa faveur dans quelque poursuite criminelle, civile ou administrative.

***Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987), recommandations 13.1 à 13.13.**

13.1 La Commission recommande que les intérêts de la victime continuent d'être représentés par le procureur de la Couronne dans le contexte de la négociation de plaidoyer. Pour encourager l'uniformité des pratiques dans tout le pays, les autorités fédérales et provinciales responsables des poursuites devraient établir des lignes directrices donnant aux procureurs de la Couronne l'instruction de tenir la victime entièrement informée de la négociation de plaidoyer et de la procédure sentencielle, et de faire mention de son opinion.

13.2 La Commission recommande qu'avant d'accepter le résultat d'une négociation de plaidoyer, le procureur de la Couronne soit, dans la mesure du possible,

tenu d'obtenir et de prendre en considération la version des faits de la victime et la description des conséquences que l'infraction entraîne pour elle.

13.3 La Commission recommande que le juge demande au contrevenant s'il comprend bien l'entente négociée par son avocat et les conséquences qui en découlent. Si la réponse est négative, le juge devrait disposer de la discrétion voulue pour rejeter l'entente ou la sentence proposée.

13.4 La Commission recommande que les autorités fédérales et provinciales responsables des poursuites judiciaires pénales procèdent de concert à l'élaboration de normes ou de lignes directrices à l'intention de la police au sujet de l'aggravation injustifiée et de la multiplication artificielle des accusations.

13.5 La Commission recommande que les autorités fédérales et provinciales en cause envisagent sérieusement l'instauration de mécanismes de contrôle formels destinés à permettre dans toute la mesure du possible au procureur de la Couronne d'examiner les accusations avant qu'elles ne soient portées par la police.

13.6 La Commission recommande que les services de police mettent en place ou renforcent leurs mécanismes de contrôle internes afin d'améliorer la qualité des accusations portées et de décourager, notamment, le dépôt d'accusations inappropriées qui constitueraient un avantage indû lors d'une éventuelle négociation de plaidoyer.

13.7 La Commission recommande que les autorités fédérales et provinciales responsables des poursuites adoptent une politique (ou des lignes directrices) limitant et régissant le pouvoir de la Couronne de réduire les accusations lorsqu'elle dispose des moyens de prouver l'existence d'une infraction plus grave.

13.8 La Commission recommande que les autorités fédérales et provinciales appropriées élaborent et tentent d'appliquer des lignes directrices sur l'éthique de la négociation de plaidoyer.

13.9 La Commission recommande l'instauration d'une procédure obligeant le procureur de la Couronne à justifier devant le tribunal, en audience publique, le résultat de la négociation de plaidoyer menée en privé par les parties, à moins que l'intérêt public n'exige que la justification soit donnée privément en chambre.

13.10 La Commission recommande que le juge de première instance ou tout magistrat appelé à prononcer une sentence ne participe jamais à la négociation de plaidoyer. Cette recommandation n'est pas destinée à priver le juge de la discrétion d'indiquer privément en chambre la nature générale de la mesure ou de la sentence qu'il infligera probablement au contrevenant, en cas de plaidoyer de culpabilité.

13.11 La Commission recommande également que le *Code criminel* soit modifié de façon à indiquer *explicitement* que le juge n'est pas tenu d'accepter une

plaidoirie conjointe ou toute autre recommandation présentée par les parties au sujet de l'accusation ou de la sentence.

13.12 La Commission recommande l'instauration d'une procédure imposant la divulgation complète et publique devant le tribunal des faits et considérants qui constituent le fondement de toute entente, décision ou ordonnance émanant d'une conférence préparatoire.

13.13 La Commission recommande que les gouvernements fédéral et provinciaux ou la commission permanente des sentences entreprennent une analyse en profondeur de la nature et de la portée de la négociation de plaidoyer au Canada.

ANNEXE B

Description et analyse de notre sondage d'opinion*

Partie I : Rapport : L'attitude du public à l'égard du marchandage de plaidoyers

Partie II : Les scénarios présentés dans notre sondage

Partie III : Les questions du sondage

* Ce sondage d'opinion a été conçu pour la Commission de réforme du droit du Canada par le professeur Anthony N. Doob, directeur du centre de criminologie de l'université de Toronto, et réalisé pour la Commission par la firme Gallup Canada, Inc.

PARTIE I : Rapport

L'attitude du public à l'égard du marchandage de plaidoyers

Anthony N. Doob

Introduction

L'objet de cette étude consistait d'une part à sonder l'opinion générale du public en ce qui a trait à la négociation du plaidoyer, et d'autre part à tenter de préciser les aspects de cette pratique qui déplaisent au public.

Nous avons eu recours à deux grandes techniques : premièrement, nous avons demandé directement aux personnes interrogées ce qu'elles pensaient de la négociation du plaidoyer et, deuxièmement, nous avons intégré une expérience dans le sondage. Celui-ci a été réalisé par la firme Gallup Canada à la fin de février 1988. La méthode d'échantillonnage employée par la maison Gallup «vise à établir un échantillon représentatif de la population civile adulte de 18 ans et plus vivant au Canada, à l'exception des personnes se trouvant dans des établissements hospitaliers ou carcéraux, et de celles qui habitent les régions éloignées du Nord».

Pour réaliser l'expérience, cinq groupes d'environ deux cents personnes se sont vus présenter chacun un scénario différent, décrivant la manière dont se dénouait une affaire pénale sans procès. Tous les répondants devaient alors répondre à neuf questions. En tout, 1 049 personnes ont participé au sondage.

Les cinq scénarios différaient par la description de la manière dont l'affaire s'était conclue. Des comparaisons entre les scénarios nous permettent de voir comment les différentes formes de dénouement influent sur le point de vue du public au sujet du processus.

Voici la description des différents scénarios présentés aux participants :

Scénario A : Aucun marché. Une personne a été inculpée de vol qualifié et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction. L'accusé a plaidé coupable à l'égard de l'accusation de vol qualifié. La Couronne a renoncé à la seconde accusation. Le lecteur est informé que les avocats n'ont pas discuté de l'affaire avant la comparution devant le tribunal et qu'ils ont fait des observations semblables en ce qui concerne la peine. La peine prononcée se situe entre celles qui étaient recommandées.

Scénario B : Marché classique. Ce scénario diffère du scénario «A» sous les aspects suivants. On dit au lecteur que les avocats de la Couronne et de la défense se sont rencontrés dans le bureau du procureur de la Couronne avant l'audition devant le tribunal, et qu'une entente a été conclue relativement à la présentation d'observations communes au sujet de la peine pour l'infraction de vol qualifié et au retrait de l'autre accusation. La peine prononcée est celle recommandée par les avocats.

Scénario C : Marché — avec explications. La différence entre ce cas et le précédent est celle-ci : les avocats ont expliqué, en audience publique, les raisons pour lesquelles ils sont arrivés à la décision d'abandonner l'inculpation relative à l'usage d'une arme et de présenter des observations communes.

Scénario D : Marché — conclu en présence du juge. Ce cas est essentiellement identique au cas «B», sauf que la négociation a eu lieu dans le cabinet du juge, et en sa présence.

Scénario E : Marché — participation du juge. La situation est la même qu'en «D», sauf que le juge a rejeté (dans son cabinet) une suggestion préliminaire présentée par les avocats au sujet du dénouement de l'affaire, et a par la suite accepté une seconde suggestion.

Résultats

Le marchandage de plaidoyers en général

La façon la plus simple de connaître l'opinion du public sur le marchandage de plaidoyers, c'est d'étudier les réponses à une question directe à ce sujet (qui a été posée *après* les autres questions). Les conclusions sont simples et directes : la plupart des Canadiens désapprouvent le marchandage de plaidoyers (défini pour cette question comme «la pratique suivant laquelle un accusé accepte de plaider coupable contre la promesse d'un avantage, par exemple la promesse que certaines accusations seront abandonnées ou que certaines recommandations seront faites au juge en ce qui concerne la peine»).

Opinion sur le marchandage de plaidoyers	Globalement	Exclusion faite des répondants sans opinion, et des NSP/SR*
Approuvent fortement.	1,8 %	2,1 %
Approuvent, d'une manière générale.	16,3 %	18,8 %
N'ont aucune opinion.	9,1 %	—
Désapprouvent, d'une manière générale.	39,3 %	45,3 %
Désapprouvent fortement.	29,3 %	33,8 %
Ne savent pas ou n'ont pas répondu.	4,3 %	—
TOTAL :	100 %	100 %

* Ne savent pas/sans réponse

Sur cette question, 68,6 % de tous les Canadiens, ou 79,1 % de ceux qui avaient une opinion quelconque au sujet du marchandage de plaidoyers, désapprouvaient cette pratique. Le scénario que les répondants venaient de lire n'a eu aucune influence sur leurs réponses.

Il ne semble pas y avoir beaucoup de variations démographiques importantes, quant à ce point de vue. La désapprobation du marchandage de plaidoyers a été exprimée à au moins 60 % dans chacun des groupes démographiques suivants : chacune des cinq régions du Canada, trois groupes d'âge, les deux sexes, trois groupes répartis selon les études, quatre répartis selon le revenu, et chacun des groupes établis en fonction de la langue maternelle et de la taille de la collectivité. Et si l'on prend l'occupation, c'est seulement dans le groupe des étudiants que l'on a constaté globalement un taux de désapprobation inférieur à 60 % (soit 58 %).

Opinion générale sur la détermination de la peine

Chacun des cinq scénarios utilisés dans l'étude se terminait par la peine prononcée par le tribunal. Des sept questions posées au sujet de ces scénarios, trois portaient directement sur la peine. Les autres avaient trait au comportement du juge, du ministère public et de la défense. Il importe donc de rappeler que, dans le domaine de la détermination de la peine, la plupart des Canadiens disent habituellement que selon eux, les peines prononcées ne sont pas assez *sévères*. C'est la conclusion des sondages réalisés au Canada au cours des vingt dernières années; le présent sondage ne fait pas exception à la règle. Au moins 60 % des répondants, pour chacune des situations décrites dans l'expérience, jugeaient les peines trop clémentes. La proportion des personnes estimant que les peines étaient d'une sévérité acceptable variait de 18 à 27%, suivant les situations. Presque personne ne pensait que les peines sont trop sévères (de 0 à 2 %, selon les situations).

Vu l'inexistence au Canada de données globales en matière de détermination de la peine, il n'est pas sans intérêt de constater que la plupart des Canadiens ont une opinion sur cette question : en effet, seulement 6 à 11 % ne savaient pas quoi répondre à cette question.

Soulignons que la question traitant de l'opinion des répondants sur la sévérité des peines (d'une manière générale) suivait immédiatement les sept questions ayant trait au scénario. Même si elle était précédée d'une mise en garde concernant sa portée générale, il semble néanmoins que le scénario qui précédait a influé sur les réponses. Plus particulièrement, les personnes qui venaient de lire un scénario comportant une *quelconque* négociation du plaidoyer (marché classique, marché — avec explications, marché — conclu en présence du juge, marché — participation du juge) avaient sensiblement plus tendance à juger les peines trop indulgentes que les personnes venant de lire le scénario «aucun marché».

Opinion sur les peines prononcées par les tribunaux :
(pour les personnes ayant exprimé une opinion)*

	Trop clémentes	Trop sévères/ acceptables	TOTAL
Scénario :			
Aucun marché (A)	68 %	32 %	100 %
Marché d'une forme quelconque (B, C, D, E)	77 %	23 %	100 %

Chi carré = 7,17, dl = 1, $p < ,01$

Pour dire les choses d'une manière légèrement différente, dans un échantillon de personnes ayant lu le scénario *ne comportant pas* de marché, 27 % jugeaient la peine prononcée par le tribunal «acceptable». Pour les personnes ayant lu un scénario comportant un marché, toutefois, cette proportion tombait presque du tiers, soit à 19 %.

Incidence de la négociation du plaidoyer sur l'opinion relative à la peine.

De toute évidence, les attentes du public en ce qui concerne la suffisance de la peine prononcée dans une affaire donnée sont en partie fonction de la façon dont cette peine a été déterminée.

Le répondant estimait-il que la peine serait vraisemblablement suffisante?

	Oui	Probable-ment pas	Certaine-ment pas	Total
Situation :				
Aucun marché (A)	34,7 %	34,7 %	30,5 %	100 %
Marché classique (B)	20,7 %	37,1 %	42,2 %	100 %
Marché — avec explications (C)	26,6 %	39,6 %	33,8 %	100 %
Marché — conclu en présence du juge (D)	28 %	38,7 %	33,3 %	100 %
Marché — participation du juge (E)	23,2 %	33,9 %	42,9 %	100 %

Chi carré, globalement = 16,29, dl = 8, $p < ,05$
Chi carré, A par rapport à B = 11,21, dl = 2, $p < ,01$
Chi carré, A par rapport à E = 7,79, $p < ,05$
Chi carré, A par rapport à C = 3,24, non significatif
Chi carré, C par rapport à E = 3,36, non significatif

* Dans les tableaux de la présente annexe, seuls les renseignements fournis par les personnes ayant exprimé une opinion ont été retenus. À cause de l'arrondissement des nombres, dans certains tableaux, la somme des pourcentages peut ne pas être égale à 100 %.

Deux constatations ressortent de ce tableau. Premièrement, il y a le contraste entre le «aucun marché» et le «marché classique». On croit radicalement moins que la peine sera suffisante lorsque l'on sait que la Couronne et la défense ont conclu un marché.

Deuxièmement, il y a l'effet des explications données, en audience publique, relativement au marché (situation C). Il est clair qu'une bonne partie des effets néfastes du marché classique s'évanouissent lorsque toutes les explications sont données devant le tribunal.

La présence du juge, sans participation active de sa part (situation D) semble amener le public à s'attendre à un résultat plus acceptable que la situation du marché classique; toutefois, lorsque le juge participe activement au marchandage de plaidoyers, le public s'attend à un résultat moins acceptable.

Attentes quant à la question de savoir si tous les renseignements pertinents ont été portés à l'attention du juge avant le prononcé de la peine

Les différences relevées quant aux attentes ayant trait à la suffisance de la peine tiennent sans doute aux grandes différences existant dans les attentes relatives au point de savoir si tous les éléments de preuve pertinents ont été portés à l'attention du juge avant qu'il rende sa sentence.

Tous les renseignements appropriés ont-ils été portés à l'attention du juge avant le prononcé de la peine?

	Oui	Probable-ment pas	Certaine-ment pas	Total
Situation :				
Aucun marché (A)	31 %	42 %	27 %	100 %
Marché classique (B)	27 %	37 %	37 %	100 %
Marché — avec explications (C)	36 %	43 %	21 %	100 %
Marché — en présence du juge (D)	46 %	39 %	16 %	100 %
Marché — participation du juge (E)	40 %	38 %	22 %	100 %

Chi carré, globalement = 35,43, dl = 8, $p < ,01$

De toute évidence, l'une des conséquences d'une affaire qui se termine par un marché classique (situation B) est que le public aura davantage tendance à croire que le juge n'a pas eu accès à tous les renseignements pertinents relatifs à l'affaire.

Lorsque des explications sont données devant le tribunal sur la façon dont le «marché» a été conclu (situation C), les répondants avaient davantage tendance à croire que les renseignements pertinents avaient été mis à la disposition du juge que dans la situation du marché classique (B). Et dans les deux situations où les négociations ont eu lieu dans le cabinet du juge (situations D et E), on croyait encore plus fortement que le juge avait eu à sa disposition les renseignements appropriés.

Le juge a-t-il pris en considération tous les renseignements pertinents pour déterminer la peine infligée au délinquant?

D'après la question précédente, les répondants semblent estimer que, dans la situation du marché classique, le juge n'a pas accès à tous les renseignements appropriés et est moins susceptible d'y avoir accès que dans les autres situations décrites dans les scénarios. Il n'est donc pas étonnant que, pour la situation du marché classique (situation B), on ait moins tendance à croire que le juge a pris en considération tous les renseignements pertinents que dans les autres situations.

Le juge a-t-il pris en considération tous les renseignements pertinents?

	Oui	Probable-ment pas	Certaine-ment pas	Total
Situation :				
Aucun marché (A)	45 %	26 %	28 %	100 %
Marché classique (B)	24 %	34 %	42 %	100 %
Marché — avec explications (C)	39 %	42 %	18 %	100 %
Marché — en présence du juge (D)	42 %	35 %	22 %	100 %
Marché — participation du juge (E)	40 %	38 %	22 %	100 %

Chi carré, globalement = 50,04 dl = 8, $p < ,01$

Pour cette question, la situation qui se distingue des autres est la situation B, à savoir celle du marché classique. Les répondants à qui cette situation était soumise étaient considérablement moins portés à estimer que le juge avait pris en considération tous les renseignements pertinents pour rendre sa sentence.

L'avocat de la défense a-t-il bien défendu les intérêts du délinquant?

L'avocat de la défense a-t-il fait un bon travail?

	Oui	Probablement	Non	Total
Situation :				
Aucun marché (A)	24 %	51 %	25 %	100 %
Marché classique (B)	40 %	36 %	24 %	100 %
Marché — avec explications (C)	43 %	39 %	18 %	100 %
Marché — en présence du juge (D)	42 %	43 %	15 %	100 %
Marché — participation du juge (E)	35 %	42 %	23 %	100 %

Chi carré, globalement = 24,29, dl = 8, $p < ,01$

Globalement, il est évident que la plupart des répondants (pour toutes les situations, au moins les trois quarts des personnes ayant exprimé une opinion) estiment que l'avocat de la défense a bien défendu les intérêts du délinquant.

La situation qui se distingue des autres est la situation A (aucun marché). Dans ce cas, les répondants sont jusqu'à un certain point moins certains que dans les quatre autres situations (où il y a une certaine forme de négociation) que l'avocat de la défense a correctement fait son travail.

On pourrait tirer de ce fait la conclusion que pour le public, «bien défendre les intérêts de l'accusé» suppose le fait de négocier avec le ministère public au sujet de la peine.

La Couronne a-t-elle correctement présenté tous les renseignements pertinents au tribunal?

D'après les réponses à la question qui les concerne, les avocats du ministère public n'étaient pas vus d'un œil aussi favorable que les avocats de la défense. Moins de 40 % des répondants ayant exprimé une opinion, pour chaque situation, estimaient que la Couronne avait bien fait son travail et présenté tous les renseignements requis.

Le procureur de la Couronne a-t-il bien fait son travail et présenté tous les renseignements pertinents?

	Oui	Probablement pas	Certainement pas	Total
Situation :				
Aucun marché (A)	34 %	37 %	29 %	100 %
Marché classique (B)	28 %	31 %	40 %	100 %
Marché — avec explications (C)	36 %	39 %	25 %	100 %
Marché — en présence du juge (D)	37 %	33 %	29 %	100 %
Marché — participation du juge (E)	38 %	36 %	26 %	100 %

Chi carré, globalement = 15,89, dl = 8, $p < ,05$

La situation qui se distingue des autres est celle du «marché classique» (situation B). Pour cette situation, il est clair que les répondants tenaient pour acquis que la Couronne ne ferait pas bien son travail, pour ce qui est de la présentation des renseignements appropriés au tribunal.

Le juge a-t-il agi d'une manière équitable et correcte?

On note de grandes variations dans les opinions relatives au juge. Parmi les personnes ayant exprimé une opinion, un plus grand nombre a estimé que le juge avait bien agi dans la situation «aucun marché» que dans toute autre situation. Du reste, c'est seulement pour cette situation que la majorité des personnes ayant exprimé une opinion considérait que le juge avait agi d'une manière équitable et correcte.

Le juge a-t-il agi d'une manière équitable et correcte?

	Oui	Probablement pas	Certainement pas	Total
Situation :				
Aucun marché (A)	52 %	25 %	23 %	100 %
Marché classique (B)	31 %	34 %	35 %	100 %
Marché — avec explications (C)	44 %	29 %	27 %	100 %
Marché — en présence du juge (D)	42 %	29 %	29 %	100 %
Marché — participation du juge (E)	33 %	32 %	35 %	100 %

Chi carré, globalement = 24,227, dl = 8, $p < ,01$
Chi carré (B par rapport à C) = 8,51, dl = 2, $p < ,05$

Pour des raisons sur lesquelles on ne peut faire que des hypothèses, l'opinion relative au juge est moins favorable dans les cas de «marché classique». Peut-être le juge est-il implicitement critiqué pour avoir présidé une audience au cours de laquelle on estime qu'il n'a pas pris en considération tous les renseignements pertinents (voir ci-dessus), bien qu'on semble penser que c'est la faute de la Couronne si ces renseignements n'ont pas été portés à l'attention du juge.

Il convient de signaler, toutefois, que lorsque des explications sont données relativement à l'entente sur le plaidoyer (situation C), le juge reçoit une meilleure note que lorsqu'il se trouve dans la situation du «marché classique».

Finalement, il semble que le public n'approuve pas la participation directe du juge au processus de marchandage de plaidoyers. La note attribuée au juge en effet est légèrement plus basse (mais pas d'une manière significative) pour la situation où il participe activement (situation E) que pour la situation où il est présent mais inactif (situation D).

Opinion sur la participation du juge

Globalement, la plupart des gens souhaitent manifestement, dans *toutes* les situations, une plus grande participation du juge. Peut-être cela tient-il à l'existence d'un élément commun, à savoir le retrait de la deuxième inculpation contre l'accusé. Même dans la situation E — où le juge participe activement aux discussions sur le plaidoyer —, 56 % des personnes ayant exprimé une opinion estiment que le juge aurait dû participer davantage aux discussions.

	Opinion sur la participation du juge			
	Exagérée	Appropriée	Insuffisante	Total
Situation :				
Aucun marché (A)	2 %	30 %	69 %	100 %
Marché classique (B)	4 %	23 %	73 %	100 %
Marché — avec explications (C)	5 %	23 %	72 %	100 %
Marché — en présence du juge (D)	7 %	26 %	67 %	100 %
Marché — participation du juge (E)	21 %	23 %	56 %	100 %

Chi carré, globalement = 63,480, dl = 8, $p < ,01$

Ici, c'est la situation E (marché — participation du juge) qui se distingue clairement des autres. En effet, c'est le seul cas où une fraction appréciable des répondants estimaient exagérée la participation du juge.

Fait digne de mention, la proportion des personnes considérant comme appropriée la participation du juge varie très peu suivant les différentes situations.

Personnes n'ayant pas voulu exprimer d'opinion

Tous les tableaux présentés jusqu'ici indiquent seulement les réponses des personnes qui ont accepté d'exprimer une opinion à l'égard de chaque question posée par le représentant de Gallup. Toutefois, une petite partie des personnes interrogées ont simplement déclaré qu'elles ne pouvaient pas exprimer d'opinion sur telle ou telle question, bien que l'interviewer les ait invitées à essayer de répondre aux questions, «bien que cela puisse être difficile dans certains cas, selon les seuls renseignements présentés sur le carton».

Ce qu'il est intéressant de constater, à propos des réponses «Je ne sais pas», c'est qu'elles ont été données surtout dans la case de la situation A (aucun marché).

Proportion des personnes ayant répondu «Je ne sais pas» pour chacune des questions, selon les situations

	A	B	C	D	E	Chi carré globalement	p< dl = 4
Question :							
Éléments de preuve pertinents soumis au juge	4,5 %	2,2 %	2,3 %	5,5 %	5,3 %	6,394	n.s
Le juge a pris en considération les éléments pertinents	8,9 %	2,5 %	3,4 %	6,2 %	5,5 %	11,801	,05
Peine appropriée	10,4 %	2,7 %	5,7 %	6,1 %	8,9 %	11,562	,05
Couronne a bien fait son travail	12,1 %	3,1 %	5,0 %	8,7 %	9,8 %	16,083	,01
Défense a bien fait son travail	12,8 %	3,4 %	2,7 %	4,8 %	9,8 %	28,443	,01
Le juge a agi d'une manière équitable et correcte	13,7 %	5,8 %	5,1 %	7,0 %	9,4 %	13,690	,01
Participation du juge	15,6 %	3,2 %	3,3 %	8,5 %	9,9 %	31,256	,01
Peines, d'une manière générale	9,1 %	6,8 %	9,4 %	11,4 %	5,7 %	4,898	n.s.
Opinion sur le marchandage de plaidoyers	7,3 %	1,5 %	1,7 %	5,1 %	5,2 %	13,892	,01

D'une manière générale, on semble moins susceptible d'exprimer une opinion sur une situation dans laquelle il n'est question que d'un plaidoyer de culpabilité, et le plus susceptible d'exprimer une opinion lorsqu'on vient de lire un scénario relatif au «marché classique».

PARTIE II : Les scénarios présentés dans notre sondage

(Chacun des cinq scénarios suivants a été présenté à environ deux cents répondants, qui devaient le lire avant de répondre à une série de questions. Aucun répondant n'a reçu plus d'un scénario à lire.)

Scénario A : Voici le procès de quelqu'un qui a été inculpé de deux délits connexes : vol dans un magasin dépanneur et usage d'une arme à feu pendant l'exécution du dit vol, c'est-à-dire vol à main armée.

En cour, l'accusé a plaidé coupable du vol et le procureur de la couronne a retiré la deuxième accusation, celle d'usage d'une arme à feu.

Le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense n'avaient pas discuté ce procès entre eux avant la comparution de l'accusé en cour où il plaida coupable du vol. Lors de cette comparution en cour, le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense firent au juge des propositions très semblables quant à la sentence ou condamnation.

Le juge, après avoir écouté ces recommandations, prononça une sentence entre ces deux recommandations.

Scénario B : Voici le procès de quelqu'un qui a été inculpé de deux délits connexes : vol dans un magasin dépanneur et usage d'une arme à feu pendant l'exécution du dit vol, c'est-à-dire vol à main armée.

En cour, l'accusé a plaidé coupable du vol et le procureur de la couronne a retiré la deuxième accusation, celle d'usage d'une arme à feu.

Le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense s'étaient rencontrés plus tôt dans la journée dans le bureau du procureur de la couronne pour discuter de ce procès.

À la suite de cette discussion, lorsque ce procès parut en cour plus tard dans la journée, le procureur de la couronne, convint de retirer la deuxième accusation, celle de l'usage d'une arme à feu, en considération du fait que l'inculpé convenait de plaider coupable du vol. De plus, le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense convenaient de faire au juge une déclaration commune sur ce que devrait être la sentence ou condamnation. Lors de l'audience, ils informèrent le juge de la sentence ou condamnation qu'ils avaient convenu de recommander.

Le juge, après avoir écouté cette recommandation, condamna le contrevenant à la peine qu'avaient recommandée le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense.

Scénario C : Voici le procès de quelqu'un qui a été inculpé de deux délits connexes : vol dans un magasin dépanneur et usage d'une arme à feu pendant l'exécution du dit vol, c'est-à-dire vol à main armée.

En cour, l'accusé a plaidé coupable du vol et le procureur de la couronne a retiré la deuxième accusation, celle d'usage d'une arme à feu.

Le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense s'étaient rencontrés plus tôt dans la journée dans le bureau du procureur de la couronne pour discuter de ce procès.

À la suite de cette discussion, lorsque ce procès parut en cour plus tard dans la journée, le procureur de la couronne convint de retirer la deuxième accusation, celle de l'usage d'une arme à feu, en considération du fait que l'inculpé convenait de plaider coupable du vol. De plus, le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense convenaient de faire au juge une déclaration commune sur ce que devrait être la sentence ou condamnation. Lors de l'audience, ils informèrent le juge de la sentence ou condamnation qu'ils avaient convenu de recommander.

Ils ont alors expliqué au juge, en audience publique, comment ils étaient arrivés à la décision de retirer l'accusation d'usage d'arme à feu et comment ils étaient parvenus à s'entendre sur la sentence ou la peine qu'ils recommandaient. Ils expliquèrent comment ils avaient résolu leurs différences d'opinion préalables quant à la sentence ou condamnation appropriée.

Le juge, après avoir écouté cette recommandation, condamna le contrevenant à la peine qu'avaient recommandée le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense.

Scénario D : Voici le procès de quelqu'un qui a été inculpé de deux délits connexes : vol dans un magasin dépanneur et usage d'une arme à feu pendant l'exécution du dit vol, c'est-à-dire vol à main armée.

En cour, l'accusé a plaidé coupable du vol et le procureur de la couronne a retiré la deuxième accusation, celle d'usage d'une arme à feu.

Le procureur de la couronne, l'avocat pour la défense et le juge s'étaient rencontrés plus tôt dans la journée dans le cabinet du juge pour discuter de ce procès.

À la suite de cette discussion dans le cabinet du juge, lorsque ce procès parut en cour plus tard dans la journée, le procureur de la couronne convint de retirer la deuxième accusation, celle de l'usage d'une arme à feu, en considération du fait que l'inculpé convenait de plaider coupable du vol. De plus, le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense convenaient de faire au juge une déclaration commune sur ce que devrait être la sentence ou condamnation. Lors de l'audience, ils informèrent le juge de la sentence ou condamnation qu'ils avaient convenu de recommander.

Le juge, après avoir écouté cette recommandation, condamna le contrevenant à la peine qu'avaient recommandée le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense.

Scénario E : Voici le procès de quelqu'un qui a été inculpé de deux délits connexes : vol dans un magasin dépanneur et usage d'une arme à feu pendant l'exécution du dit vol, c'est-à-dire vol à main armée.

En cour, l'accusé a plaidé coupable du vol le procureur de la couronne a retiré la deuxième accusation, celle d'usage d'une arme à feu.

Le procureur de la couronne, l'avocat pour la défense et le juge s'étaient rencontrés plus tôt dans la journée dans le cabinet du juge pour discuter de ce procès.

Au début, le juge avait trouvé peu appropriée et avait rejeté une suggestion sur la façon dont ce procès devrait se dérouler. Par contre, le juge fit une deuxième suggestion qui fut acceptée par tous.

À la suite de cette discussion dans le cabinet du juge, lorsque ce procès parut en cour plus tard dans la journée, le procureur de la couronne convint de retirer la deuxième accusation, celle de l'usage d'une arme à feu, en considération du fait que l'inculpé convenait de plaider coupable du vol. De plus, le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense convenaient de faire au juge une déclaration commune sur ce que devrait être la sentence ou condamnation. Lors de l'audience, ils informèrent le juge de la sentence ou condamnation qu'ils avaient convenu de recommander.

Le juge, après avoir écouté cette recommandation, déclara en cour qu'il avait eu dans son cabinet des discussions sur ce procès avec le procureur de la couronne et l'avocat pour la défense. Le juge rendit alors sa sentence au contrevenant et indiqua que cette sentence était celle dont avaient convenu le procureur de la couronne, l'avocat pour la défense et le juge lui-même au cours des discussions qui avaient eu lieu dans le cabinet du juge.

PARTIE III : Les questions du sondage

(Chacun des répondants, après avoir lu *un seul* des cinq scénarios décrits dans la Partie II, devait répondre aux questions suivantes.)

1) En vous basant uniquement sur ces renseignements, présumeriez-vous que le juge a été mis au courant de tous les témoignages justificatifs concernant le délit et le contrevenant avant de prendre sa décision sur la sentence ou condamnation appropriée?

— Oui, certainement
— Oui, probablement
— Probablement pas
— Certainement pas

2) En vous basant uniquement sur ces renseignements, présumeriez-vous que le juge a considéré tous les facteurs relatifs afin de prendre sa décision sur la sentence?

— Oui, certainement
— Oui, probablement
— Probablement pas
— Certainement pas

3) En vous basant uniquement sur ces renseignements, présumeriez-vous que la sentence donnée au contrevenant était probablement appropriée?

— Oui, certainement
— Oui, probablement
— Probablement pas
— Certainement pas

4) En vous basant uniquement sur ces renseignements, présumeriez-vous que le procureur de la couronne a proprement présenté tous les renseignements appropriés à la cour?

— Oui, certainement
— Oui, probablement
— Probablement pas
— Certainement pas

5) En vous basant uniquement sur ces renseignements, présumeriez-vous que l'avocat pour la défense a proprement représenté les intérêts du contrevenant?

— Oui, certainement
— Oui, probablement
— Probablement pas
— Certainement pas

6) En vous basant uniquement sur ces renseignements, présumeriez-vous que le juge a agi d'une manière correcte et juste dans la façon dont il a traité tous les aspects de ce procès?

— Oui, certainement
— Oui, probablement
— Probablement pas
— Certainement pas

7) En vous basant uniquement sur ces renseignements, présumeriez-vous que le degré de participation du juge dans ce procès était approprié? Ou pensez-vous qu'il s'est trop occupé, ou qu'il ne s'est pas assez occupé de la façon dont l'issue des accusations et la sentence ont été déterminées?

— Le juge s'est trop occupé de ce procès
— Le degré de participation du juge était approprié
— Le juge aurait dû s'occuper davantage de ce procès

8) D'une manière générale, diriez-vous que les sentences rendues par les cours du Canada sont trop sévères, à peu près justes, ou pas assez sévères?

— Trop sévères
— À peu près justes
— Pas assez sévères
— Ne sait pas

9) Que pensez-vous des négociations de plaidoyer — la pratique selon laquelle l'inculpé convient de plaider coupable en échange de la promesse de quelqu'avantage tel que le retrait de certaines accusations et/ou que certaines recommandations soient faites auprès du juge quant à la nature de la sentence?

— J'approuve vivement cette pratique
— En général, j'approuve cette pratique
— Je n'ai pas d'opinion sur cette pratique
— En général, je désapprouve cette pratique
— Je désapprouve vivement cette pratique